

# **Der mehrstufige Verwaltungsakt und seine prozessuale Behandlung**

Georg Engelhard

1974







Der mehrstufige Verwaltungsakt und seine  
prozessuale Behandlung

Inaugural-Dissertation  
zur Erlangung der Doktorwürde  
einer Hohen Juristischen Fakultät  
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von  
Georg Engelhard

1974

Referent: Professor Dr. Lerche

Korreferent: Professor Dr. Zacher

Tag der mündlichen Prüfung: 21. Februar 1974



## Inhaltsübersicht

|                        |      |
|------------------------|------|
| Abkürzungsverzeichnis  | V    |
| Schrifttumsverzeichnis | VIII |

### 1. Kapitel:

#### Der mehrstufige Verwaltungsakt: Begriff und verfahrensmäßige Behandlung

|                                                                  |    |
|------------------------------------------------------------------|----|
| I. Die Arten behördlicher Mitwirkung                             | 2  |
| 1. Botenstellung                                                 | 1  |
| 2. Anhörung, Benehmen etc.                                       | 2  |
| 3. Einvernehmen, Zustimmung                                      | 2  |
| 4. Aufsicht, Ersuchen                                            | 6  |
| II. Grundsätze für das Zusammenwirken von Erst- und Zweitbehörde | 7  |
| 1. Erstbehörde will positiven Bescheid erlassen                  | 7  |
| 2. Erstbehörde will negativen Bescheid erlassen                  | 11 |
| 3. Identität beider Behörden                                     | 13 |
| 4. Aufsicht                                                      | 15 |

### 2. Kapitel:

|                                                              |    |
|--------------------------------------------------------------|----|
| <u>Die Rechtsnatur der Mitwirkung</u>                        | 16 |
| I. Überblick über die vertretenen Ansichten                  | 16 |
| II. Darstellung im einzelnen                                 | 24 |
| A. Die Mitwirkung im Regelfall                               | 24 |
| 1. Subsumtion unter den herkömmlichen Verwaltungsaktsbegriff | 24 |
| Hilfskriterien:                                              |    |
| a) Wortlaut                                                  | 28 |
| b) Ausgestaltung des Verfahrens                              | 29 |
| c) rechtliche Beziehungen                                    | 30 |
| d) Bindungswirkung des Zweitaktes                            | 31 |
| e) förmliches Gesetz                                         | 32 |
| f) Rechtssatz                                                | 33 |
| g) Zuständigkeit                                             | 34 |
| h) Selbständigkeit und Selbstverantwortlichkeit              | 37 |

## II

|     |                                                                                             |    |
|-----|---------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| i)  | Besondere Argumente für einzelne Fälle                                                      | 37 |
| aa) | materieller Anspruch                                                                        | 37 |
| bb) | Zweitakt als Ermessensentscheidung                                                          | 39 |
| cc) | zu § 9 Abs. 2 FStrG                                                                         | 40 |
| dd) | historische Auslegung                                                                       | 42 |
|     | Zusammenfassung                                                                             |    |
| 2.  | Vereinbarkeit der Klassifizierung als Internum<br>mit sonstigen (übergeordneten) Prinzipien | 43 |
| a)  | Rechtsschutz                                                                                | 43 |
| b)  | Einheit der Staatsverwaltung                                                                | 44 |
| c)  | Praktikabilität und Prozeßökonomie                                                          | 45 |
|     | Zusammenfassung                                                                             | 47 |
| B.  | Die Mitwirkung in Ausnahmefällen                                                            | 48 |
| 1.  | Verwaltungsakt "expressis verbis"                                                           | 48 |
| 2.  | Verwaltungsakt "ipso iure"                                                                  | 51 |

### 3. Kapitel:

#### Prozessuale Behandlung der Mitwirkung im Rahmen der Klage gegen den Erstakt

|      |                                                                |    |
|------|----------------------------------------------------------------|----|
| I.   | Klagegegner                                                    | 53 |
| II.  | Umfang der Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis<br>des Gerichts | 55 |
| 1.   | Grundsatz                                                      | 55 |
| 2.   | Gegenstimmen                                                   | 56 |
| a)   | Bindung des Gerichts an Zweitakt                               | 56 |
| b)   | Erstakt rechtmäßig, wenn Ablehnung nur<br>wegen Zweitakt       | 57 |
| c)   | Gewaltenteilungsprinzip                                        | 58 |
| d)   | Verurteilung zu unmöglicher Leistung                           | 60 |
| e)   | Rechtskraft                                                    | 61 |
| 3.   | Durchgreifende Bedenken bei Ermessensentscheidungen            | 62 |
| III. | Prozessuale Beteiligung der Zweitbehörde                       | 66 |
| 1.   | Beiladung                                                      | 66 |
| a)   | Voraussetzungen der Beiladung                                  | 66 |
| aa)  | Beteiligtenfähigkeit                                           | 66 |
| bb)  | rechtliche Interessen                                          | 68 |

|                                                                    |    |
|--------------------------------------------------------------------|----|
| cc) notwendige Beiladung                                           | 70 |
| b) Wirkung der Beiladung                                           | 71 |
| aa) Befugnisse der beigeladenen Zweitbehörde                       | 71 |
| bb) Bindungswirkung des Urteils                                    | 72 |
| cc) Folgen unterlassener Beiladung                                 | 73 |
| 2. Sonstige Art der Beteiligung                                    | 74 |
| 3. Minderansicht: keine Beteiligung der Zweitbehörde               | 75 |
| 4. Entscheidung des Verwaltungsgerichts                            | 76 |
| a) Erst- und Zweitbehörde waren tätig gewesen                      | 76 |
| b) Zweitbehörde war im Verwaltungsverfahren<br>nicht gehört worden | 76 |
| Exkurs: Zum Problem der Nachbarklage                               | 78 |
| a) Klagebefugnis des Dritten                                       | 78 |
| b) Stellung der Zweitbehörde bei zulässiger Drittklage             | 79 |

#### 4. Kapitel:

|                                                                                                       |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <u>Selbständige Klage gegen den Zweitakt</u>                                                          | 80 |
| A. Die selbständige Klage gegen den internen Zweitakt                                                 | 80 |
| I. Allgemeine Leistungsklage                                                                          | 80 |
| 1. Zulässigkeit der Klage                                                                             | 80 |
| zusammenfassende Regel                                                                                | 85 |
| Ergänzung der Regel                                                                                   | 88 |
| 2. Praktische Durchführung an Hand einzelner Beispiele                                                | 89 |
| a) Einvernehmen der Gemeinde                                                                          | 90 |
| aa) Baugenehmigungsbehörde und Gemeinde<br>stimmen dem Bauvorhaben zu                                 | 90 |
| bb) Baugenehmigungsbehörde will stattgeben;<br>Gemeinde verweigert das Einvernehmen                   | 90 |
| cc) Baugenehmigungsbehörde lehnt ab;<br>Gemeinde zur Erteilung des Einvernehmens bereit               | 91 |
| dd) Beide Behörde lehnen ab                                                                           | 91 |
| b) Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde                                                          | 92 |
| aa) Beide Behörden stimmen zu                                                                         | 92 |
| bb) Baugenehmigungsbehörde will stattgeben;<br>höhere Verwaltungsbehörde verweigert<br>die Zustimmung | 93 |

## IV

|                                                                                                                          |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| cc) Baugenehmigungsbehörde lehnt ab;<br>höhere Verwaltungsbehörde zur Zustimmung bereit                                  | 93  |
| dd) Beide Behörden lehnen ab                                                                                             | 94  |
| II. Verpflichtungsklage                                                                                                  | 94  |
| 1. Praktische Unterschiede bei Anwendung der<br>beiden Möglichkeiten                                                     | 95  |
| a) Vorverfahren                                                                                                          | 95  |
| b) Klagefrist                                                                                                            | 97  |
| c) Antragsverfahren                                                                                                      | 97  |
| d) Klage auf Ermessensleistung                                                                                           | 98  |
| e) Vollstreckung                                                                                                         | 98  |
| Zusammenfassung                                                                                                          | 99  |
| 2. Dogmatische Begründung                                                                                                | 100 |
| a) weiter Verwaltungsaktsbegriff                                                                                         | 100 |
| b) (analoge) Anwendung der Verpflichtungsklage auf<br>sämtliche Amtshandlungen im subordinationsrecht-<br>lichen Bereich | 101 |
| B. Die Klage gegen einen Verwaltungsakt der Zweitbehörde                                                                 | 106 |
| C. Verhältnis der Klagen gegen Erst- und Zweitbehörde zu-<br>einander                                                    | 110 |
| <br>5. Kapitel:                                                                                                          |     |
| <u>Sonderfragen</u>                                                                                                      | 111 |
| I. Widerruflichkeit des Einverständnisses                                                                                | 111 |
| II. Widerspruchsverfahren                                                                                                | 113 |
| III. Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche                                                                         | 117 |

Abkürzungsverzeichnis

|          |                                                                                                                                          |
|----------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| a.A.     | anderer Ansicht                                                                                                                          |
| aaO.     | am angegebenen Orte                                                                                                                      |
| abl.     | ablehnend                                                                                                                                |
| a.E.     | am Ende                                                                                                                                  |
| a.F.     | alte(r) Fassung                                                                                                                          |
| AGVwGO   | Ausführungsgesetz zur Verwaltungsgerichts-<br>ordnung                                                                                    |
| Anh.     | Anhang                                                                                                                                   |
| Anm.     | Anmerkung                                                                                                                                |
| AöR      | Archiv des öffentlichen Rechts                                                                                                           |
| ArbGG    | Arbeitsgerichtsgesetz vom 3.9.1953 (BGBl. I<br>S. 1267)                                                                                  |
| BaWüVBl. | Baden-Württembergisches Verwaltungsblatt                                                                                                 |
| BayBauO  | Bayerische Bauordnung vom 1.8.1962 i.d.F.d.<br>Bekanntmachung vom 21.8.1969 (GVBl. S. 263)                                               |
| BayVBl.  | Bayerische Verwaltungsblätter                                                                                                            |
| BBauG    | Bundesbaugesetz vom 23.6.1960 (BGBl. I S. 341)                                                                                           |
| BB       | Der Betriebsberater                                                                                                                      |
| BBG      | Bundesbeamtengesetz vom 14.7.1953 i.d.F.<br>vom 22.10.1965 (BGBl. I S. 1776)                                                             |
| BFHE     | Entscheidungen des Bundesfinanzhofes                                                                                                     |
| BGB      | Bürgerliches Gesetzbuch                                                                                                                  |
| BGBI.    | Bundesgesetzblatt                                                                                                                        |
| BGH      | Bundesgerichtshof                                                                                                                        |
| BLV      | Verordnung über die Laufbahnen der Bundes-<br>beamten (Bundeslaufbahnverordnung) - hier v.<br>1956 i.d.F. v. 2.8.1961, jetzt außer Kraft |
| BVerwG   | Bundesverwaltungsgericht                                                                                                                 |
| BVerwGE  | Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts                                                                                             |
| ders.    | derselbe                                                                                                                                 |
| DÖV      | Die öffentliche Verwaltung                                                                                                               |
| DVBl.    | Deutsches Verwaltungsblatt                                                                                                               |
| DVO      | Durchführungsverordnung                                                                                                                  |
| Einl.    | Einleitung                                                                                                                               |

|              |                                                                                                                                                                                                |
|--------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ESVGH        | Entscheidungen des Hessischen und Baden-Württembergischen VGH                                                                                                                                  |
| EVwVerfG     | Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes aus dem Jahre 1963, mit Änderungen<br>jetzt Regierungsentwurf aus dem Jahre 1970,<br>Deutscher Bundestag, 6. Wahlperiode, Drucksache VI/1173 |
| FStrG        | Bundesfernstraßengesetz vom 6.8.1953 i.d.F.<br>v. 6.8.1961 (BGBl. I S. 1742)                                                                                                                   |
| GewO         | Gewerbeordnung                                                                                                                                                                                 |
| GG           | Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland                                                                                                                                                 |
| GVBl.        | Gesetz- und Verordnungsblatt                                                                                                                                                                   |
| h.M.         | herrschende Meinung                                                                                                                                                                            |
| i.d.F.       | in der Fassung                                                                                                                                                                                 |
| i.V.m.       | in Verbindung mit                                                                                                                                                                              |
| JR           | Juristische Rundschau                                                                                                                                                                          |
| JuS          | Juristische Schulung                                                                                                                                                                           |
| JZ           | Juristenzeitung                                                                                                                                                                                |
| krit.        | kritisch                                                                                                                                                                                       |
| LVG          | Landesverwaltungsgericht                                                                                                                                                                       |
| LuftVG       | Luftverkehrsgesetz vom 1.8.1922 i.d.F.<br>v. 4.11.1968 (BGBl. I S. 1113)                                                                                                                       |
| m.a.W.       | mit anderen Worten                                                                                                                                                                             |
| MDR          | Monatsschrift für Deutsches Recht                                                                                                                                                              |
| MRVO Nr. 165 | Verordnung Nr. 165 der Militärregierung über die<br>Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone                                                                                          |
| NJW          | Neue Juristische Wochenschrift                                                                                                                                                                 |
| OVG          | Oberverwaltungsgericht                                                                                                                                                                         |
| OVGE         | Entscheidungen der OVG für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster und für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg                                                         |
| PBefG        | Personenbeförderungsgesetz vom 21.3.1961<br>(BGBl. I S. 241)                                                                                                                                   |
| RanwO        | Rechtsanwaltsordnung                                                                                                                                                                           |
| Rdn.         | Randnummer                                                                                                                                                                                     |
| Rspr.        | Rechtsprechung                                                                                                                                                                                 |
| str.         | streitig                                                                                                                                                                                       |

## VII

|           |                                                                    |
|-----------|--------------------------------------------------------------------|
| Tz.       | Textziffer                                                         |
| U.        | Urteil                                                             |
| VA        | Verwaltungsakt                                                     |
| VereinsG  | Vereinsgesetz vom 5.8.1964 (BGBl. I S. 593)                        |
| Verf.     | Verfasser                                                          |
| VerfGH    | Verfassungsgerichtshof                                             |
| VerwArch. | Verwaltungsarchiv                                                  |
| VerwRspr. | Verwaltungsrechtsprechung                                          |
| VG        | Verwaltungsgericht                                                 |
| VGG       | Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit                         |
| VGH       | Verwaltungsgerichtshof                                             |
| VGH n.F.  | Entscheidungen des Bayer. VGH, neue Folge                          |
| vgl.      | vergleiche                                                         |
| VO        | Verordnung                                                         |
| VwGO      | Verwaltungsgerichtsordnung vom 21.1.1960<br>(BGBl. I S. 17)        |
| VwVG      | Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz vom 27.4.1953<br>(BGBl. I S. 157) |
| ZBR       | Zeitschrift für Beamtenrecht                                       |
| ZPO       | Zivilprozeßordnung                                                 |
| z.T.      | zum Teil                                                           |
| zust.     | zustimmend                                                         |

Weitere Abkürzungen ergeben sich aus dem Schrifttumsverzeichnis.

Schrifttumsverzeichnis

- Achterberg, Norbert: Der Verwaltungsvorakt, DÖV 1971, 397
- Bachof, Otto: Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, Tübingen 1951
- Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Band II: BVerwGE 13 - 19. Ergänzte Ausgabe des Rechtsprechungsberichts aus der Juristenzeitung 1966, Tübingen 1967
- Bartlsperger, Richard: Der Rechtsanspruch auf Beachtung von Vorschriften des Verwaltungsverfahrensrechts, DVBl. 1970, 30
- Bettermann, Karl August: Die Verpflichtungsklage nach der Bundesverwaltungsgerichtsordnung, NJW 1960, 649
- Anmerkung zu BVerwGE 31, 301, DVBl. 1969, 703
- Beutner: Anmerkung zu zwei Urteilen des BVerwG v. 19.11.1965, BVerwGE 22, 342 u. DVBl. 1966, 181, BayVBl. 1966, 165
- Böhm, Anton: Fragen des Anbaus an Bundesfernstraßen, DÖV 1958, 72
- Borchert, Hartmut: Schein-Verwaltungsakt und Anfechtungsklage, NJW 1972, 854
- Bräutigam, Horst: Verwaltungsrechtsweg und Klagearten, DÖV 1960, 364
- Brügelmann, Hermann - Förster, Hans - Grauvogel, Gustav u.a.: Bundesbaugesetz, Loseblattkommentar, Stand: März 1972
- Clasen, Heinrich: Die Rechtslage bei ungenehmigten Bauten, NJW 1959, 752
- Czermak, Fritz: Behördenverfahren und Verwaltungsprozeß beim Zusammenwirken mehrerer Behörden, NJW 1963, 703
- Dietz, Otmar: Zur Auslegung des § 31 Bundesbaugesetz, BaWüVBl. 1961, 65
- Eyermann, Erich - Fröhler, Ludwig: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 5. Auflage, München 1971

- Fickert, Hans Carl: Der Begriff "Einvernehmen" im Bundesbaugesetz und seine Handhabung im Baugenehmigungs- und Rechtsmittelverfahren, DVBl. 1964, 173
- Ist die Zustimmung nach § 9 Abs. 2 FStrG ein Verwaltungsakt oder ein Verwaltungsinternum? DÖV 1964, 661
- Zulässigkeit von Bauvorhaben. Baugenehmigung, Baunutzung, Baunachbarrecht. Systematische Erläuterung der §§ 29 bis 39 des Bundesbaugesetzes, der Baunutzungsverordnung und des Baugenehmigungsverfahrens, 2. Neubearb. u. erw. Auflage, Köln 1968
- Fischbach, Oskar Georg: Bundesbeamtengesetz, Kommentar, 1. Halbband, 3. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1964
- Fleiner, Fritz: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Auflage, Tübingen 1928; 2. Neudruck, Aalen 1963
- Forsthoff, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I. Band, Allgemeiner Teil, 9. Auflage, München und Berlin 1966
- Friauf, Karl Heinrich: Die behördliche Zustimmung zu Verwaltungsakten anderer Behörden - Verwaltungsakt oder bloßes Verwaltungsinternum, DÖV 1961, 666
- Frischmann, Otto - Weingart, Olaf: Zur selbständigen Anfechtbarkeit behördlicher Mitwirkungsakte, DÖV 1962, 721
- Fromm, Günter: Das Zusammenwirken mehrerer Behörden beim Erlass eines Verwaltungsaktes, BB 1966, 1329
- Frotscher, Werner: Rechtsschutz nur gegen Verwaltungsakte? DÖV 1971, 259
- Gelzer, Konrad: Bauplanungsrecht. Bundesbaugesetz, Baunutzungsverordnung, Städtebauförderungsgesetz, 2. völlig überarbeitete Auflage, Köln 1972
- Groebe, Klaus: Baugenehmigung und Anbauzustimmung nach § 9 Abs. 2 FStrG, DVBl. 1959, 757
- Haug, Winfried: Behördliche Mitwirkungsakte im Verwaltungsprozeß - BVerwGE 16, 116, JuS 1965, 134

von Hausen, Heinz - von der Heide, Hans Jürgen: Bundesbaugesetz,  
Kommentar, 2. Auflage, München 1962

Hegel, Hermann: Kann mit der Verpflichtungsklage auch die Verurteilung zur Vornahme einer sogen. Amtshandlung begehrt werden? JZ 1963, 15

-- Zur Verpflichtungs- und zur Leistungsklage in der VwGO, DÖV 1965, 513

Heitzer, Sebastian - Oestreicher, Ernst: Bundesbaugesetz, Kommentar, 4. Auflage, Berlin 1970

Heinze, Christian: Das Zusammenwirken von Behörden beim Erlaß von Verwaltungsakten, VerwArch. 52 (1961), 159 u. 275

-- Anmerkung zum Urteil des OVG Münster v. 11.4.1962 in: DÖV 1962, 833, DÖV 1962, 834

-- Das Zusammenwirken von Behörden beim Erlaß von Verwaltungsakten, DÖV 1967, 33

Hilg, Günter: Die Fehlerhaftigkeit des Hauptaktes beim Zusammenwirken von Behörden, BayVBl. 1967, 370

Hofmann-Becking, Michael: Der feststellende Verwaltungsakt, DÖV 1972, 196

Holland, Ralf: Die Leistungsklage im Verwaltungsprozeß, DÖV 1965, 410

-- Verwaltungsrechtsschutz gegenüber erkennungsdienstlichen Maßnahmen der Kriminalpolizei - BVerwGE 26, 169, JuS 1968, 559

Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht, 3. Auflage, 1931; Neudruck, Offenburg 1948

Jung, Hans: Das Bauen im Außenbereich, NJW 1962, 617

Kienapfel, Diethelm: Die Fehlerhaftigkeit mehrstufiger Verwaltungsakte nach dem Bundesbaugesetz und Bundesfernstraßengesetz, DÖV 1963, 96

Klinger, Hans: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 2. Auflage, Göttingen 1964

Knap, H. - Ingenstau, H.: Bundesbaugesetz mit Kommentar, 4. Auflage, Düsseldorf 1969

Koehler, Alexander: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar,  
Berlin und Frankfurt 1960

Körner, Gerhard: Anmerkung zu BVerwGE 16, 116, NJW 1964, 120  
-- Das Bauen im Außenbereich, NJW 1965, 518

Kopp, Ferdinand: Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrenrecht.  
Eine Untersuchung über die verfassungsrechtlichen Voraus-  
setzungen des Verwaltungsverfahrens in der Bundesrepublik  
und die Bedeutung der Grundentscheidungen der Verfassung  
für die Feststellung, Auslegung und Anwendung des geltenden  
Verwaltungsverfahrensrechts, München 1971

Kratzer, J.: Gemeinsamer Verwaltungsakt von Bund und Land?  
BayVBl. 1958, 74

-- Anmerkung zum Urteil des BVerwG v. 10.7.1958 in:  
BayVBl. 1959, 89 = NJW 1959, 590, BayVBl. 1959, 90

-- Anmerkung zum Urteil des BVerwG v. 28.5.1963,  
I C 99.59, in: BayVBl. 1964, 49, BayVBl. 1964, 51

-- Zusammenwirken beim Erlaß eines Verwaltungsaktes  
BayVBl. 1964, 254

Kröner, Herbert: Die Eigentumsgarantie in der Rechtsprechung des  
Bundesgerichtshofes, 2. erweiterte Auflage, Köln, Berlin,  
Bonn, München 1969

Kuntzmann-Auert, Marion: Das "Einvernehmen der Gemeinde" nach  
§ 36 BBauG, DÖV 1966, 701

Landmann - Rohmer: Gewerbeordnung, Loseblattkommentar, neu be-  
arbeitet von Erich Eyermann und Ludwig Fröhler, 1. Band,  
12. Auflage, Stand Juli 1970

Lerche, Peter: Die verwaltungsgerichtliche Klage aus öffentlich-recht-  
lichen Verträgen, in: Staatsbürger und Staatsgewalt,  
Band II, 1963, S. 59

Mang: Zustimmung zum Anbau an Bundesfernstraßen, BayVBl. 1959, 82

von Mangoldt, Hermann: Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, 2. neu-  
bearbeitete und vermehrte Auflage von Friedrich Klein,  
Band I, Berlin und Frankfurt 1966

- Marschall, Ernst A.: Bundesfernstraßengesetz, Kommentar, 3. Auflage,  
Köln, Berlin, Bonn, München 1971
- Martens, Joachim: Zur Begriffsbestimmung des Verwaltungsaktes,  
DVBl. 1968, 322
- Streitgenossenschaft und Beiladung, VerwArch. 60 (1969),  
197 u. 356
- Martens, Wolfgang: Zum Rechtsanspruch auf polizeiliches Handeln,  
JuS 1962, 245
- Maunz, Theodor - Dürig, Günter - Herzog, Roman: Grundgesetz, Lose-  
blattkommentar, München, Stand 1971
- Meiborg, Heiko: Das Zusammenwirken von Baugenehmigungsbehörde  
und Gemeinde nach dem Bundesbaugesetz, DÖV 1968, 828
- Menger, Christian-Friedrich: System des verwaltungsgerichtlichen  
Rechtsschutzes. Eine verwaltungsgerichtliche und prozeß-  
vergleichende Studie, Tübingen 1954
- Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht,  
in mehreren Bänden des Verwaltungsarchivs, ab Band 57  
(1966) zusammen mit Hans-Uwe Erichsen
- Meyer, Klaus: Herstellung der Spruchreife - Grundsatz und Grenzen -  
dargestellt am Baurecht, DVBl. 1961, 75
- Staat, Gemeinde und Bürger im neuen Baurecht, in:  
Staatsbürger und Staatsgewalt, Band II, 1963, S. 229
- Meyer, Klaus - Stich, Rudolf - Tittel, Heinz-Joachim: Bundesbaurecht,  
Kommentar, Köln, Berlin, Bonn, München 1966
- Neumann, Richard: Streitigkeiten des öffentlichen Rechts, in: Staats-  
bürger und Staatsgewalt, Band II, 1963, S. 365
- Obermayer, Klaus: Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt,  
Stuttgart, München, Hannover 1956
- Rechtsprobleme des Gesetzes über den Personalgutachter-  
ausschuß für die Streitkräfte, DVBl. 1956, 674
- Anmerkung zum Urteil des OVG Lüneburg v. 10.1.1957  
in: DVBl. 1958, 138, DVBl. 1958, 140
- Anmerkung zum Urteil des BGH v. 10.3.1958 in: DÖV 1958,  
629, DÖV 1958, 629

- Pietzonka, Desiderius: Zusammenwirken von Baugenehmigungsbehörden und Gemeinden, NJW 1961, 1956
- Plog, Ernst - Wiedow, Alexander: Kommentar zum Bundesbeamtengesetz, 2. Auflage, Neuwied am Rhein 1965
- Proksch, Ernst: Gemeindliches Einvernehmen bei Bauvorhaben und Rechtsaufsicht, BayVB1. 1968, 59
- Ratuschny: Zum gemeindlichen Einvernehmen bei Bau- und Bodenverkehrsgenehmigungen, BayVB1. 1966, 344
- Rautenberg, Joachim - Voigt, Helmut: Probleme der sog. allgemeinen Leistungsklage, DÖV 1964, 259
- Redeker, Konrad - von Oertzen, Hans-Joachim: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 4. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1971
- Rupp, Hans Heinrich: Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung: Gelöste und ungelöste Probleme, AöR 85 (1960), 149 u. 301
- Schäfer, Walter: Die Klagearten nach der VwGO, DVBl. 1960, 837
- Schatz, Otto: Gemeindliche Einwirkung auf den Bodenverkehr, BayVB1. 1969, 384
- Scheerbarth, Walter: Das allgemeine Bauordnungsrecht, 2. völlig überarbeitete und wesentlich erweiterte Auflage, Köln 1966
- Schmitz, Wolfgang: Nochmals: Verfahrensart bei Klagen gegen innerdienstliche Maßnahmen der Polizei, NJW 1968, 1128
- Schneider, Waldemar: Die Bedeutung der Mitwirkung anderer Behörden im Baugenehmigungsverfahren, DÖV 1965, 513
- Schrödter, Hans: Das Zusammenwirken der Behörden im Baugenehmigungsverfahren, DVBl. 1962, 743
- Anmerkung zu zwei Urteilen des BVerwG v. 19.11.1965, BVerwGE 22, 342 u. DVBl. 1966, 181, DVBl. 1966, 182
- Bundesbaugesetz, Kommentar, 2. Auflage, Berlin und Frankfurt 1969
- Schrödter, Hans - Schmaltz, Hans-Karsten: Anmerkung zum Urteil des BGH v. 26.10.1970 in: DVBl. 1971, 464, DVBl. 1971, 465

- Schuegraf, Elmar: Das Rechtsverhältnis zwischen Staat und Gemeinde beim Erlaß gemeinsamer Verwaltungsakte, DVBl. 1961, 654
- Zusammenwirken von Baugenehmigungsbehörden und Gemeinden, NJW 1961, 1956
  - Der mehrstufige Verwaltungsakt, NJW 1966, 177
  - Anmerkung zu BVerwGE 22, 342, NJW 1966, 900
- Schütz, Walter: Zustimmung - Einvernehmen anderer Behörden im Bau-recht, NJW 1963, 2150
- Schütz, Walter - Froberg, Günther: Kommentar zum Bundesbaugesetz, 2. Auflage, Neuwied am Rhein 1962
- Schunck, Egon - De Clerk, Hans: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommen-tar, 2. Auflage, Siegburg 1967
- Schweickhardt, Rolf: Der Verwaltungsakt als Anknüpfungspunkt im Verwaltungsprozeß, DÖV 1965, 795
- Stich, Rudolf: Einvernehmen und Zustimmung. Verfassungs-, verwal-tungs- und verfahrensrechtliche Überlegungen zum Zu-sammenwirken von Baugenehmigungsbehörde, Gemeinde und höherer Verwaltungsbehörde nach dem Bundesbaugesetz, DVBl. 1963, 193
- Thomas, Jürgen: Verfahrensart bei Klagen gegen innerdienstliche Maß-nahmen der Polizei, NJW 1968, 438
- Ule, Carl Hermann: Anmerkung zum Urteil des LVG Köln v. 25.2.1958 in: ZBR 1958, 206, ZBR 1958, 209
- Verwaltungsgerichtsbarkeit, Kommentar, 2. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1962
  - Verwaltungsprozeßrecht. Ein Studienbuch, 5., neube-arbeitete Auflage, München 1971
  - Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozeß. Zur Ver-einheitlichung des Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungs-prozeßrechts, VerwArch. 62 (1971), 114
- Vogt, Franz: Gemeindliches Einvernehmen bei Bauvorhaben, BayVBl. 1969, 56
- Wächtler, Hartmut: Der Verwaltungsakt und seine Durchsetzung, BayVBl. 1972, 258

- Wagener, Frido: Genehmigungsverfahren nach dem BBauG, DVBl. 1962,  
737
- Wolff, Hans J.: Verwaltungsrecht I. Ein Studienbuch, 8., neubearbeitete  
Auflage, München 1971
- Verwaltungsrecht II. Ein Studienbuch, 3. Auflage,  
München 1970
- Verwaltungsrecht III. Ein Studienbuch, 2. Auflage,  
München 1967
- Zinkahn, Willy - Bielenberg, Walter u.a.: Bundesbaugesetz, Loseblatt-  
kommentar, Band I, München, Stand September 1971



## 1. Kapitel:

### Der mehrstufige Verwaltungsakt: Begriff und verfahrensmäßige Behandlung

#### I. Die Arten behördlicher Mitwirkung

Die allenthalben zu beobachtende Zunahme der Staatstätigkeit bringt es mit sich, daß immer mehr Lebensbereiche unter die Fittiche hoheitlicher Verwaltung genommen werden. Dabei entstehen zwei konträre Tendenzen: Zum einen muß sich eine moderne Verwaltung auch mit komplexen Sachverhalten befassen, die unter mehreren Gesichtspunkten zu beurteilen sind, zum anderen zwingt ein umfangreicher Behördenapparat zur Rationalisierung und Spezialisierung, was die Prüfung solcher umfassender Sachverhalte wiederum erschwert.

Ein Ausweg ist das Zusammenwirken von Behörden. Ein Verwaltungsakt wird nicht von einer Behörde allein erlassen, weil sie vielleicht die zur Beurteilung der Sachlage notwendige Sachkenntnis nicht in ausreichendem Maße besitzt; es sind vielmehr zwei oder mehr Behörden an seinem Zustandekommen beteiligt. Dabei kann die Beteiligung sehr verschieden gestaltet sein. Nach der Intensität der Mitwirkung läßt sich folgendermaßen systematisieren:<sup>1)</sup>

1. Die schwächste Form der Mitwirkung ist die, bei der eine Behörde den Verwaltungsakt erläßt, eine andere - meist untergeordnete - Behörde ihn dem Bürger bekanntzugeben hat. Letztere hat dabei keinerlei Einfluß auf die Gestaltung der Entscheidung; sie besitzt lediglich Botenstellung. Die Mitwirkung erschöpft sich somit in einer untergeordneten Hilfstätigkeit.

Gesetzliche Beispiele finden sich in § 27 Satz 2 GewO (Botenstellung der Ortspolizeibehörde)<sup>2)</sup> und § 9 Abs. 5 FStrG (die Baugenehmigungsbehörde als Botin; den Verwaltungsakt erläßt die oberste Landesstraßenbaubehörde).

---

1) Übersichten z.B. bei Heinze, VerwArch. 52, 159 (161-174) mit verschiedenen Einteilungskriterien; Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721; Fickert, DVBl. 1964, 173.

2) Landmann-Rohmer, Gewerbeordnung, § 27, Rdn. 19.

2. Eine sachliche Beteiligung der Mitwirkungsbehörde liegt vor, wenn sie von der Behörde, die den Verwaltungsakt erläßt, anzuhören oder ins Benehmen zu setzen ist, gutachtlich tätig wird, Anregungen oder Auskünfte erteilt. Gesetzliche Beispiele sind etwa § 35 Abs. 4 GewO, § 14 PBefG (Anhörung), § 3 Abs. 2 VereinsG (Benehmen), § 5 Abs. 4 S. 4 FStrG (Benehmen und Anhörung).

Das Gemeinsame der genannten Fälle ist, daß die Äußerung der lediglich mitwirkenden Behörde die zur Entscheidung berufene Behörde nicht bindet.<sup>3)</sup> Dabei können Unterschiede zwischen diesen Mitwirkungsformen hier unberücksichtigt bleiben.<sup>4)</sup> Die Ursache ihrer Existenz besteht darin, daß oft eine andere als die den Verwaltungsakt erlassende Behörde maßgebliche Sach- oder Rechtskenntnisse besitzt, die der nach außen entscheidenden Behörde mangeln, letzterer aber dennoch - aus welchen Gründen auch immer - die endgültige Entscheidungsbefugnis verbleiben soll. Sie kann zwar verpflichtet sein, die Auffassung der mitwirkenden Behörde zu verwerten,<sup>5)</sup> beim endgültigen Erlass des Verwaltungsaktes ist sie jedoch frei. Die Beteiligung erschöpft sich somit noch in einer - wenn auch weiter gehenden als bei den Botenfällen - Form der Hilfeleistung. Daraus folgt, daß die Mitwirkung keinen Verwaltungsakt darstellt.

Die fehlende Bindung bedeutet aber für die den Verwaltungsakt erlassende Behörde nicht, daß sie die Beteiligung nun einfach übergehen kann. Dient die Mitwirkung nämlich dem Interesse des betroffenen Bürgers, so kann ihr Unterlassen den Verwaltungsakt rechtswidrig machen, mit der Folge, daß ihn der Betroffene erfolgreich anfechten kann.<sup>6)</sup>

3. Die Beteiligung ist weitgehender, wenn die mitwirkende Behörde derart in das Verfahren eingeschaltet ist, daß ohne ihr Einverständnis der Verwaltungsakt überhaupt nicht erlassen werden kann. Typisch hierfür sind

---

3) So z.B. Heinze, VerwArch. 52 (1961), 159 (169); Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 334.

4) Zum Unterschied zwischen Benehmen und Anhörung vgl. Fickert, DVBl. 1964, 173.

5) So beim Benehmen, Fickert, aaO.

6) BVerwGE 9, 69 (72); Eyermann-Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, Anhang zu § 42, Rdn. 7.

die Rechtsfiguren von "Einvernehmen" und "Zustimmung".<sup>7)</sup> Eine Behörde darf einen Verwaltungsakt nur erlassen, wenn eine zweite Behörde vorher ihr Einvernehmen oder ihre Zustimmung erklärt hat. In dieser Abhängigkeit vom Mitwirkungsakt besteht der entscheidende Unterschied zu den oben unter 2. aufgeführten Mitwirkungsformen. Dort ist die entscheidende Behörde an das Verhalten der mitwirkenden Behörde nicht gebunden, während sie bei den nun zu erörternden Fällen in ihrer Willensbildung beschränkt ist.<sup>8)</sup> Das gilt allerdings nur, wenn sie den fraglichen Verwaltungsakt auch wirklich erlassen will, nicht aber, wenn sie gar nicht tätig werden oder den Bürger ablehnend bescheiden will. Dies kann sie allein und ohne Mitwirkung tun.<sup>9)</sup> Weil daher die Beteiligung auf ein Vetorecht der mitwirkenden Behörde gegen den Erlaß des Verwaltungsaktes hinausläuft, kann man von einer "negativen Bindung"<sup>10)</sup> sprechen.

Die ratio legis dieser Beteiligungsform liegt ähnlich wie bei den oben unter 2.) genannten Fällen darin, daß der zu einzelnen Punkten größere Sachverstand der Mitwirkungsbehörde genutzt werden soll. Doch wird deren Beitrag im Gegensatz zu den Fällen der unverbindlichen Mitwirkung als so wesentlich angesehen, daß die nach außen tätige Behörde in der genannten Weise gebunden wird.

Ein weiterer Gesichtspunkt ist wichtig im Bauplanungsrecht, das im Bundesbaugesetz sehr häufig den Gemeinden eine derartige Beteiligung bei Entscheidungen von Staatsbehörden einräumt. Diese greifen als Baugenehmigungsbehörden bei der Entscheidung über Bauvorhaben oft in das den Gemeinden durch Art. 28 Abs. 2 GG garantierte Recht der Selbstverwaltung, das auch die örtliche Planung umfaßt, ein. Um einen Verfassungsverstoß zu

---

7) Beide sind bezüglich ihrer Bindungswirkung gleichbedeutend, Heinze, aaO., S. 164; Schuegraf, DVBl. 1961, 654 (655); Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721; a.A. Fickert, DVBl. 1964, 173 (Einvernehmen stärkere Mitwirkungsform als Zustimmung); Schütz, NJW 1963, 2150 (2151) (Einvernehmen meist gleichbedeutend mit Benehmen).

8) H.M., z.B. Eyermann-Fröhler, aaO., § 42, Rdn. 56a.

9) Nicht ganz unstreitig. Näheres dazu weiter unten.

10) So Heinze aaO.

vermeiden, mußte den Gemeinden daher ein Mitspracherecht eingeräumt werden, wozu der Gesetzgeber die Form des Einvernehmens gewählt hat.<sup>11)</sup>

Einige wenige Beispiele aus der Vielzahl der gesetzlichen Fälle: Das Einvernehmen der Gemeinde zu Verwaltungsakten der Baugenehmigungsbehörde ist vorgesehen in den §§ 14 Abs. 2 S. 2, 19 Abs. 4 S. 1, 31 Abs. 2 S. 1, 36 Abs. 1 S. 1 BBauG; daneben kommt es auch in Landesgesetzen vor, z.B. in Art. 88 Abs. 3 der Bayerischen Bauordnung. Nach den §§ 19 Abs. 4 S. 2, 31 Abs. 2 S. 1, 36 Abs. 1 S. 2 BBauG ist die Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde erforderlich, zum Teil sogar neben dem Einvernehmen der Gemeinde. § 9 Abs. 2 FStrG verlangt die Zustimmung der obersten Landesstraßenbaubehörde. Die §§ 14 Abs. 2, 15 Abs. 1 u. 2 ArbGG ordnen an, daß die oberste Arbeitsbehörde des Landes bei gewissen Maßnahmen der Gerichtsverwaltung des Einvernehmens der Landesjustizverwaltung bedarf. § 12 Abs. 2 LuftVG sieht bei bestimmten Baugenehmigungen die Zustimmung der Luftfahrtbehörden vor. Einvernehmen und Zustimmung sind zwar meistens die Ausdrücke, deren sich das Gesetz bedient, um eine negative Bindung festzulegen; gelegentlich tauchen jedoch Mitwirkungsakte, die nach den gleichen Grundsätzen zu behandeln sind, auch unter anderen Bezeichnungen auf. Aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sind zu nennen: Die Mitwirkung bei der Erteilung von Warenbegleitscheinen aufgrund des § 7 Abs. 2 der 1. DVO zur Interzonenhandelsverordnung (in der Fassung vom 22. August 1958)<sup>12)</sup>, der Vorschlag des Jugendamtes zur Ausnahmegewilligung nach § 4 Abs. 3 des Gesetzes zum Schutze der Jugend in der Öffentlichkeit,<sup>13)</sup> die Ausnahmegewilligung des Bundespersonalausschusses gemäß § 42 Abs. 1 Nr. 6 der Bundeslaufbahnverordnung in der Fassung vom 14. April 1965 (jetzt außer Kraft).<sup>14)</sup>

Die Terminologie für das Ergebnis derartigen behördlichen Zusammenwirkens ist nicht ganz einheitlich. Am gebräuchlichsten ist der von Menger<sup>15)</sup>

---

11) BVerwGE 22, 342 (346); Schuegraf, DVBl. 1961, 654 (656); Jung, NJW 1962, 617 (619); Stich, DVBl. 1963, 193 (195); Körner, NJW 1965, 518 (522); Kuntzmann-Auert, DÖV 1966, 701 (702).

12) BVerwGE 18, 333 u. DVBl. 1964, 1002.

13) BVerwGE 19, 94.

14) BVerwGE 26, 31.

15) VerwArch. 50 (1959), 397.

stammende Ausdruck: "mehrstufiger Verwaltungsakt".<sup>16)</sup> Weitere Bezeichnungen sind: "Verwaltungsakt duae conformes",<sup>17)</sup> "gemeinschaftlicher Verwaltungsakt",<sup>18)</sup> "Gesamtverwaltungsakt",<sup>19)</sup> "Doppelverwaltungsakt",<sup>20)</sup> "mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt",<sup>21)</sup> "zusammengesetzter Verwaltungsakt",<sup>22)</sup> "gemeinsamer Verwaltungsakt",<sup>23)</sup> "Verwaltungsdoppelakt oder Verwaltungsakt mit Doppelwirkung",<sup>24)</sup> "gebundener Verwaltungsakt".<sup>25)</sup>

Ausführliche Überlegungen über die Brauchbarkeit jeder dieser Benennungen anzustellen ist ziemlich fruchtlos,<sup>26)</sup> da die juristische Nomenklatur zuweilen ihre eigenen Wege geht und kein Anlaß besteht, von dem am ehesten eingebürgerten Ausdruck: "mehrstufiger Verwaltungsakt" abzuweichen. Er gibt im Gegenteil die Rechtsfigur treffend wieder, indem er andeutet, daß der endgültige Verwaltungsakt infolge der behördlichen Mitwirkung nicht in einem Zug, sondern in mehreren Etappen (Stufen) zustande kommt, andererseits aber auch wieder offen läßt, wie die einzelnen "Stufen" rechtlich zu qualifizieren sind und damit gegenüber dem diesbezüglich bestehenden Streit indifferent ist.

- 
- 16) Ihn verwenden z.B. Wolff I, S. 334; Schuck-De Clerk, VwGO, § 42, Anm. 2 a) jj); Knaup-Ingenstau, BBauG, § 36, Rdn. 3; Schrödter, BBauG, § 36, Anm. 4; Heitzer-Oestreicher, BBauG, § 36, Anm. 3; Schuegraf, DVBl. 1961, 654 (655) u. NJW 1966, 177; Friauf, DÖV 1961, 666 (667); Kienapfel, DÖV 1963, 96; Fromm, BB 1966, 1329 (1331).
- 17) OVG Münster, U.v. 8.9.1953, NJW 1954, 526 (528); Koehler, VwGO, § 42, Anm. A VII 13.
- 18) VGH München, U.v. 5.7.1956, BayVBl. 1956, 313 (315).
- 19) Obermayer, DVBl. 1958, 140 (141).
- 20) Kratzer, BayVBl. 1959, 90.
- 21) Clasen, NJW 1959, 752 (754).
- 22) Groebe, DVBl. 1959, 757.
- 23) Schuegraf, DVBl. 1961, 654 (655) als Alternative zu "mehrstufiger VA".
- 24) Fickert, DVBl. 1964, 173 (174).
- 25) Eyermann-Fröhler, VwGO, § 42, Rdn. 56.
- 26) Der Begriff "mitwirkungsbedürftiger VA" ist wohl von vorneherein in-diskutabel, das er anerkanntermaßen bei einer Beteiligung des Bürgers gebraucht wird. Im übrigen kritisch zu den einzelnen Bezeichnungen: Kienapfel, DÖV 1963, 96.

Den Beitrag der nach außen wirkenden Behörde kann man "Hauptakt" nennen,<sup>27)</sup> den der mitwirkenden Behörde "Mitwirkungsakt",<sup>27)</sup> "Zweitakt" oder "Einverständnis (erklärung)" (als Oberbegriff für die gesetzlichen Ausdrücke: Einvernehmen, Zustimmung usw.). Bezeichnungen wie "bedingender Verwaltungsakt" oder "behördlicher Koordinierungsbeitrag"<sup>28)</sup> sind unnötige Begriffsspielerei.

Die nach außen tätige Behörde selbst sei "Erstbehörde", die mitwirkende Behörde "Zweitbehörde"<sup>29)</sup> oder "Mitwirkungsbehörde" genannt.<sup>30)</sup>

4. Die Mitwirkung geht am weitesten, wenn eine Behörde beim Erlaß eines Verwaltungsaktes vollständig an die Entschließung einer zweiten Behörde gebunden ist (positive Bindung),<sup>31)</sup> wenn also die Mitwirkungsbehörde nicht nur den Erlaß des endgültigen Verwaltungsaktes unterbinden, sondern die Erstbehörde auch zum positiven Tätigwerden verpflichtet kann. Eine weitere Besonderheit besteht darin, daß die mitwirkende Behörde auch von sich aus handeln kann und nicht auf die Initiative der Erstbehörde warten muß.

Typisches Beispiel ist die Weisung im Rahmen der Behördenaufsicht, sofern Gegenstand der Weisung ein zu er- oder unterlassender Verwaltungsakt ist. Erstbehörde ist dabei die angewiesene Behörde. Auch das zwischenbehördliche Ersuchen wird man hierher zu rechnen haben.<sup>32)</sup> Es ist etwa im Verwaltungszwangverfahren gesetzlich geregelt, wo Behörden zur Vornahme von Vollstreckungshandlungen ersucht werden können.<sup>33)</sup>

Die so geartete Bindungswirkung führt nun aber nicht dazu, daß die Maßnahme der Mitwirkungsbehörde (Aufsichtsbehörde, ersuchende Behörde) dem Bürger gegenüber zum Verwaltungsakt wird.<sup>34)</sup> Die Mitwirkung

27) Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721; Hilg, BayVBl. 1967, 370.

28) Beide von Frischmann-Weingart, aaO., vorgeschlagen.

29) Nach Eyermann-Fröhler, VwGO, § 42, Rdn. 56.

30) Friauf, DÖV 1961, 666 (667), nennt die Erstbehörde "Genehmigungsbehörde", die Zweitbehörde "Zustimmungsbehörde".

31) Ausdruck von Heinze, VerwArch. 52 (1961), 159 (163).

32) Heinze, aaO.

33) Z.B. § 7 Abs. 2 VwVG, Art. 30 Abs. 1 S. 2 des Bayer. Verwaltungszustellungs- und Vollstreckungsgesetzes.

34) Statt vieler: Eyermann-Fröhler, VwGO, § 42, Rdn. 53 (zur Weisung); BVerwG, U.v. 18.11.1960, DÖV 1961, 182 (zum Ersuchen um Vornahme einer Vollstreckungshandlung). Eine andere - hier nicht interessierende - Frage ist es, ob die Weisung ein VA gegenüber der angewiesenen Behörde ist, vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO, § 42, Rdn. 53 a.

gehört vielmehr dem Internbereich der Verwaltung an. Sie ist dem Erlaß der Verfügung an den Einzelnen vorgeschaltet. Deshalb ist sie ein Minus im Verhältnis zu den Einverständniserklärungen, die unmittelbar mit dem Erlaß des Verwaltungsaktes zusammenhängen.

Zusammengefaßt: Bei den Fallgruppen 1, 2 und 4 stellt die Tätigkeit der mitwirkenden Behörde dem Bürger gegenüber keine unmittelbar verbindliche Einzelfallregelung dar und ist daher kein Verwaltungsakt.

Bei der Fallgruppe 3 liegt es anders. Hier lassen die gesetzlichen Regelungen nicht eindeutig erkennen, ob die Mitwirkungshandlungen als verwaltungsinterne Vorgänge oder als selbständige Verwaltungsakte anzusehen sind. Von der Beantwortung dieser Frage hängt aber die Ausgestaltung des Rechtsschutzes ab.

Gegenstand der vorliegenden Arbeit sind nun allein diese Einverständniserklärungen und zwar aus der Sicht des Bürgers, der das Verwaltungsgericht anruft, wobei es um das Problem geht, auf welche Weise die Mitwirkungsakte zur gerichtlichen Kontrolle gebracht werden können. Ausgeklammert bleibt die davon unabhängige Frage, ob sich die Zweitbehörde wehren kann, wenn sie sich durch die Erstbehörde beeinträchtigt fühlt, die z.B. einen Verwaltungsakt ohne die erforderliche Beteiligung der Zweitbehörde erläßt.<sup>35)</sup>

Zu Beginn wird es jedoch zweckmäßig sein, sich die Art und Weise der behördlichen Koordination zu vergegenwärtigen.

## II. Grundsätze für das Zusammenwirken von Erst- und Zweitbehörde

### 1. Erstbehörde will positiven Bescheid erlassen.

Wie bereits angedeutet,<sup>36)</sup> darf die Erstbehörde einen den Einzelnen begünstigenden Verwaltungsakt nur erlassen, wenn das Einverständnis der Zweitbehörde vorliegt. Fehlt es oder wird es verweigert, ist ihr die Erteilung eines positiven Bescheides verwehrt, selbst wenn sie ihrerseits dies

---

35) Nach h.M. kann die Zweitbehörde gegen den VA klagen, wenn sie in eigenen Rechten verletzt ist wie z.B. die Gemeinde im Fall des § 36 Abs. 1 S. 1 BBauG; BVerwGE 22, 342.

36) S. 2 f. unter 3.).

für zweckmäßig oder sogar für allein rechtmäßig hielte. Dem Mitwirkungsakt kommt insoweit volle Bindungswirkung zu.

Nach abweichender Auffassung soll die Erstbehörde allerdings nur an rechtmäßige Mitwirkungsentscheidungen gebunden sein.<sup>37)</sup> Sie habe selbständig zu prüfen, ob das Verhalten der Zweitbehörde dem Gesetz widerspreche. Sei dies der Fall, könne sie sich über das versagte Einverständnis hinwegsetzen und den Verwaltungsakt ohne Zustimmung der Zweitbehörde erlassen. Für eine strikte Bindung sei nur bei Ermessensakten der Mitwirkungsbehörde Raum.<sup>38)</sup> Zur Begründung wird meist angeführt, daß es gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verstoße, wenn eine Behörde an ein von ihr für rechtswidrig angesehenes Verhalten gebunden sei. Das OVG Lüneburg hat in diesem Zusammenhang im Urteil vom 10.1.1957<sup>39)</sup> unter Berufung auf eine Entscheidung des Bayer. VerFGH vom 10.3.1951<sup>40)</sup> ausgeführt, hinter einer Entscheidung, die ein Staatsorgan nach außen trifft, müsse der selbständige Wille dieses Organs stehen. Andernfalls werde das Rechtsstaatsprinzip verletzt.

Daß auch das BVerwG in den zitierten frühen Entscheidungen diese Meinung vertrat, dürfte darauf zurückzuführen sein, daß das Gericht zu die-

---

37) BVerwGE 1, 169; 2, 95; dahingestellt in BVerwGE 19, 94 (100); OVG Lüneburg in mehreren Urteilen, z.B. v. 25.2.1965, DVBl. 1966, 185 (186); Dietz, BaWüVBl. 1961, 65 (70); Schütz, NJW 1963, 2150 ff.; Meyer in: Staatsbürger u. Staatsgewalt, Bd. II, S. 229 (245 ff.); Schrödter, DVBl. 1962, 743 (745 ff.) u. DVBl. 1966, 182 ff.; Meyer-Stich-Tittel, BBauG, § 36, Rdn. 5. Manchmal wird differenziert. So soll nach Dietz, aaO., u. Schütz, aaO., bei der Mitwirkung im BBauG zwar die Zustimmung der höh. Verwaltungsbehörde, nicht aber das Einvernehmen der Gemeinde bindend sein. Gelzer, Bauplanungsrecht, Rdn. 628, 739, 809, 937, 1099 erlaubt der Baugenehmigungsbehörde, sich über offenbar rechtsirrig, rechtswidrig oder unsachlich verweigertes Einvernehmen der Gemeinde hinwegzusetzen.

38) Meyer, aaO., sieht das Einvernehmen der Gemeinde im BBauG nur dann als bindend an, wenn es eine "echte Planungsentschließung in sich trägt".

39) DVBl. 1958, 138 (139).

40) NJW 1951, 455.

sem Zeitpunkt die ganze Problematik des mehrstufigen Verwaltungsaktes noch nicht vollständig im Griff hatte. Das zeigt sich besonders an der - fehlerhaften - Verwendung der Bindungswirkung als Kriterium für die rechtliche Beurteilung der Mitwirkungsmaßnahmen.<sup>41)</sup> Jedenfalls tauchen derartige Gedankengänge später nicht mehr auf. Vielmehr gehen zwei Urteile vom 19.11.1965<sup>42)</sup> ausdrücklich davon aus, daß die Erstbehörde auch an rechtswidrige Mitwirkungsakte gebunden ist.

Allein die so verstandene Bindung ist auch sachgerecht. Die Argumentation der Gegenmeinung mit dem Gesetzmäßigkeitsprinzip vermag nicht zu überzeugen. Dieses besagt nicht, daß eine Verwaltungsbehörde nicht an die - wenn auch rechtswidrige - EntschlieÙung einer anderen Behörde gebunden sein kann. Ganz abgesehen davon, daß bei einer Meinungsverschiedenheit über die Rechtswidrigkeit der Zustimmung auch die Erstbehörde im Unrecht sein kann, liefen die gesetzlich eingeräumten Mitwirkungsrechte, die kein Ermessen gewähren,<sup>43)</sup> praktisch leer, wenn sich die Erstbehörde unter Berufung auf ein rechtswidriges Verhalten der Zweitbehörde darüber hinwegsetzen könnte.<sup>44)</sup> Daß bindende Anordnungen zwischen Behörden nichts Ungewöhnliches sind, zeigt auch die aufsichtliche Weisung. Die solcherart angewiesene Behörde kann die Weisung nicht mit der Begründung, dieselbe sei rechtswidrig, einfach ignorieren. Auch der einzelne Beamte ist an Dienstanweisungen gebunden. Sind sie rechtswidrig, so gibt es für ihre Beseitigung eigene Wege, doch darf sich der Beamte nicht stillschweigend über sie hinwegsetzen. Das Rechtsstaatsprinzip wird dadurch keineswegs verletzt. Es beinhaltet lediglich, daß der Bürger keine rechtswidrigen Verfügungen hinzunehmen braucht, betrifft also das Außenverhältnis der Verwaltung, während innerbehördliche Bindungen dem Innenverhältnis zuzuordnen sind. Endet das behördliche Zusammenspiel in einer rechtswidrigen Entscheidung, so tritt die gerichtliche Kontrolle auf den Plan, die im Außenverhältnis die nötigen Korrekturen vornimmt und so dem Rechtsstaatsprinzip Genüge leistet.

---

41) Dazu unten S. 31 f.

42) BVerwGE 22, 342 u. DVBl. 1966, 181.

43) Z.B. § 9 Abs. 2 FStrG (vgl. BVerwGE 16, 116 (129) ); § 36 Abs. 1 S. 1 BBauG (Vgl. BVerwG, Beschl. v. 16.12.1969, DÖV 1970, 349 unter 1.).

44) Schütz-Frohberg, BBauG, Einl. 6, S. 14.

Die Gegenansicht überträgt in unzulässiger Weise zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeitsvorstellungen auf die Gestaltung der zwischenbehördlichen Beziehungen.<sup>45)</sup> Im Zivil- und Strafrecht werden in der Regel natürliche Personen tätig, die für ihr Verhalten aus gesetzlich geregelten Gründen verantwortlich gemacht werden können. Eine Verwaltungsbehörde ist aber keine Person, sondern ein Organ eines Rechtsträgers. Sie handelt nicht wie der einzelne im Privatrecht für sich selbst, sondern für das Rechtssubjekt, das sie vertritt. Daher trifft auch die Verantwortung für rechtswidriges Verhalten nicht die einzelne Behörde, sondern die juristische Person, der die Behörde angehört.<sup>46)</sup> Aus diesem Grunde braucht auch hinter einer behördlichen Maßnahme nicht der eigenverantwortliche Wille dieser Behörde zu stehen.

Auch wenn die zusammenwirkenden Behörden verschiedenen Körperschaften angehören, wird man zu keiner anderen Betrachtungsweise gezwungen. Die verschiedenen juristischen Personen des öffentlichen Rechts sind in ihren Rechtskreisen nicht so strikt getrennt wie Personen des Privatrechts. Die außerhalb des Staates bestehenden rechtsfähigen Gebilde üben eine Tätigkeit aus, die materiell Staatstätigkeit ist, weshalb man von mittelbarer Staatsverwaltung spricht.<sup>47)</sup> Demgemäß bestehen Verbindungen zwischen Staat und übrigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts. Diese entstehen gewöhnlich durch staatlichen Hoheitsakt. Der Staat regelt ihre Organisation und übt ständig Aufsichtsbefugnisse, auch in Einzelfällen, aus. Ihre Hoheitsgewalt ist von der des Staates abgeleitet und besteht nicht originär. Trotz rechtlicher Eigenständigkeit sind somit weitgehende Vorkehrungen getroffen, um die Tätigkeit aller Verwaltungsträger koordinieren zu können, was im Interesse eines geordneten Verwaltungsablaufs auch notwendig ist.

Die Argumentation mit dem eigenständigen Willen der Verwaltungsbehörde ist somit nicht stichhaltig. Der Erstbehörde ist es verwehrt, sich über ein fehlendes Einverständnis hinwegzusetzen, auch wenn die Zweitbe-

---

45) So zu Recht Heinze, VerwArch. 52 (1961), 159 (162).

46) Ähnliches gilt auch für juristische Personen des Privatrechts, vgl. § 31 BGB.

47) Dazu z.B. Forsthoff, § 24, S. 436 ff.

hörde sich rechtswidrig verhält.<sup>48)</sup> Das entspricht auch dem Wortlaut der einschlägigen Vorschriften. Denn daß die Erstbehörde den Verwaltungsakt nur "im Einvernehmen" oder "mit Zustimmung" erlassen kann, heißt doch wohl, daß die Mitwirkung in keinem Fall übergangen werden darf.

Ein Wort noch zu dem Sonderfall, daß die Zweitbehörde ihr Einverständnis von der Erfüllung bestimmter Auflagen abhängig macht, mit denen der Verwaltungsakt versehen werden soll.<sup>49)</sup> Stimmt die Erstbehörde dem zu, ist der Bescheid mit den Auflagen zu erlassen. Hält die Erstbehörde sie für unzulässig, kann sie sich nicht einfach darüber hinwegsetzen und den Verwaltungsakt ohne Auflage erlassen. Kommt es zu keiner Einigung, kann daher keine positive Verfügung seitens der Erstbehörde ergehen. Sie muß den Bürger negativ verbescheiden.

## 2. Erstbehörde will negativen Bescheid erlassen.

Will die Erstbehörde sich ablehnend verhalten, so bedarf sie hierzu des Einverständnisses der Zweitbehörde nicht.<sup>50)</sup> Sie kann auch dann einen negativen Bescheid erlassen, wenn die Zweitbehörde eine positive Verfügung

---

48) Überwiegende Ansicht, z.B. BVerwGE 16, 116; 18, 333; 22, 342; VGH München, U. v. 14.12.1967, BayVBl. 1968, 176; Stich, DVBl. 1963, 193 (194 ff.); Fromm, BB 1966, 1329 (1331); Heinze, DÖV 1967, 33 (34 f.) mit ausführlicher Begründung; Meiborg, DÖV 1968, 828 (829). Auch die Praxis verfährt so, vgl. die von Stich aaO. S. 194 angeführten Ministerialerlasse.

49) Dazu Wagener, DVBl. 1962, 737 (739) betr. Einvernehmen der Gemeinde nach §§ 19 Abs. 4 S. 1, 20 Abs. 2 BBauG; Vogt, BayVBl. 1969, 56 (57) betr. Einvernehmen der Gemeinde nach § 36 Abs. 1 S. 1 BBauG, Zinkahn-Bielenberg, BBauG, § 31, Rdn. 66 ff., § 36, Rdn. 25 betr. Einvernehmen der Gemeinde.

50) H.M., z.B. BVerwGE 16, 116 (123); BVerwG, U. v. 14.12.1966, BayVBl. 1968, 24; Bad.-Württ. VGH, ESVGH 17, 125; Hess. VGH, ESVGH 17, 202; Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721 (725); Körner, NJW 1965, 518 (523); Meiborg, DÖV 1968, 828; Knaup-Ingenstau, BBauG, § 36, Rdn. 5.

ausdrücklich befürwortet hat.<sup>51) 52)</sup> Zur Begründung ist auf den Wortlaut der einschlägigen Vorschriften zu verweisen, die die Erstbehörde nur bei beabsichtigter positiver Entscheidung zur Einholung des Einverständnisses verpflichten.

Nach einer Minderansicht soll jedoch zu jeder Entscheidung, also auch zu einer negativen Verfügung, das Einverständnis der Zweitbehörde erforderlich sein.<sup>53)</sup> Vertreten wird das vor allem beim Einvernehmen der Gemeinde im Baugenehmigungsverfahren, weil nur bei umfassender Bindung der Baugenehmigungsbehörde die gemeindliche Planungshoheit voll gesichert sei.

Das Argument hat zwar einiges für sich, doch kann dieser Auffassung aus praktischen Erwägungen nicht gefolgt werden. Wenn nämlich die Baugenehmigungsbehörde das Baugesuch ablehnen, die Gemeinde ihm dagegen stattgeben will, so gerät man mit ihr in ein Dilemma, aus dem kein befriedigender Ausweg zu sehen ist. Wie soll dieser Fall entschieden werden? Nach dem VG Darmstadt<sup>55)</sup> hat die Bescheidung des Antrages zu unterbleiben; die Baugenehmigungsbehörde entscheidet also überhaupt nicht. Das Gericht will dem Bürger dadurch helfen, daß es ihm die Verpflichtungsklage gegen beide Behörden zuerkennt.

Ein solches Ergebnis kann kaum mit den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Verwaltung in Einklang stehen. Der Einzelne hat einen Anspruch darauf, daß zuerst die Verwaltung tätig wird; erst hinterher setzt die gerichtliche Kontrolle ein. Es ist ein Gebot des Rechtsstaates, daß ein Antrag des Bürgers an die Verwaltung eindeutig beschieden werden muß.<sup>56)</sup> Ein

---

51) BVerwG, Beschl. v. 16.12.1969, DÖV 1970, 349; VGH München, U. v. 27.2.1964, BayVBl. 1964, 409; Dietz, BaWüVBl. 1961, 65 (67); Marschall, FStrG, § 9, Anm. 3.1.

52) Nach Fickert, DVBl. 1964, 173 (177) u. Zinkahn-Bielenberg, BBauG. § 31, Rdn. 76, § 36, Rdn. 23 a.E. soll die Baugenehmigungsbehörde die Gemeinde aber wenigstens zu Rate ziehen; ähnlich Brügelmann-Grauvogel, BBauG, § 36, Anm. 5 c) cc). Das Unterlassen hat aber keinen Einfluß auf die Rechtslage.

53) VG Darmstadt, U. v. 17.2.1962, DVBl. 1962, 875; Stich, DVBl. 1963, 193 (195); v. Hausen-v.d.Heide, BBauG, § 36, Anm. 1

54) So mit ausführlicher verfassungsrechtlicher Begründung Stich, aaO.

55) aaO., S. 877.

56) Menger, VerwArch. 54 (1963), 204; Fickert, DVBl. 1964, 173 (180).

non liquet kann von der Rechtsordnung keinesfalls gewollt sein.<sup>57)</sup> Nach der gegenteiligen Ansicht wird die Erstentscheidung dem Gericht zugeschoben, was dem System der Gewaltenteilung widerspricht.

Außerdem hat der Bürger durch das Unterbleiben eines Bescheides ja noch nicht den begehrten Verwaltungsakt. Deshalb ist nicht recht einzusehen, weshalb die Erstbehörde nicht sogleich eine ablehnende Verfügung soll erlassen dürfen, die in der praktischen Wirkung auf dasselbe hinausläuft.

Man wird daher an dem Grundsatz festhalten müssen, daß die Erstbehörde stets, d.h. ohne Rücksicht auf das Verhalten der Zweitbehörde, den Erlaß des Verwaltungsaktes ablehnen darf.<sup>58)</sup>

### 3. Identität beider Behörden

Es kommt vor, daß in Einzelfällen die Zweitbehörde mit der Erstbehörde identisch ist. So vereinigt im Baugenehmigungsverfahren, sofern Baugenehmigungsbehörde die Kreisverwaltungsbehörde ist,<sup>59)</sup> die kreisfreie Stadt die Zuständigkeiten von Erstbehörde und mitwirkender Gemeinde in sich. Es taucht die Frage auf, wie hier zu verfahren ist, nachdem das Gesetz diesen Sonderfall nicht berücksichtigt. Muß die kreisfreie Gemeinde das Einvernehmen förmlich sich selbst erklären oder tritt an die Stelle der zwei zusammenwirkenden Erklärungen eine einzige? Technisch wäre das erstere ohne weiteres zu verwirklichen, indem die Gemeinde die Wahrnehmung der nach dem Gesetz auf Erst- und Zweitbehörde verteilten Aufgaben verschiedenen Stellen der Kommunalverwaltung überträgt, die dann ebenso förmlich wie im normalen Verfahren tätig werden könnten.

Für die Erforderlichkeit einer derartigen Handhabung ist jedoch kein stichhaltiger Grund ersichtlich. Dies würde die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Verwaltung überspannen. Wenn die kreisfreie Gemeinde schon

---

57) So mit Recht Menger, aaO.; in diesem Sinne auch Bad.-Württ. VGH, ESVGH 17, 125 (126).

58) So auch bei ausführlicher Widerlegung der Gegenansicht: Fickert, DVBl. 1964, 173 (178 ff.); Heinze, DÖV 1967, 33 (35 f.).

59) Vgl. Art. 80 BayBauO.

die Funktionen verschiedener Verwaltungsträger wahrnimmt, so ist es ihr überlassen, ob sie dafür auch verschiedene Behörden einrichtet. Die Entscheidung darüber wird eine reine Zweckmäßigkeitsfrage sein.

Ist demgemäß nur eine Stelle mit der Wahrnehmung der Aufgaben von Erst- und Zweitbehörde betraut, so scheidet ein förmliches Verfahren schon rein tatsächlich aus.<sup>60)</sup> Bestehen dagegen verschiedene Behörden oder Ämter, so wird regelmäßig eine formlose Abstimmung genügen.<sup>60)</sup>

Aus einem Ablehnungsbescheid muß allerdings hervorgehen, ob ihm planerische Gründe, die maßgebend für die Erteilung des Einvernehmens sind, zugrunde liegen.<sup>61)</sup> Das ist für etwaige Rechtsmittel des Bürgers oder Aufsichtsmaßnahmen erforderlich. Denn Gericht und Aufsichtsbehörde müssen wissen, ob der Ablehnungsgrund in den Verantwortungsbereich der Kreisverwaltung oder Gemeinde fällt, um seine Rechtmäßigkeit an Hand des Gesetzes nachprüfen zu können. Außerdem werden im Bereich der Planungshoheit Selbstverwaltungsaufgaben wahrgenommen, mit der Folge, daß nur eine Rechtsaufsicht besteht, während die kreisfreie Gemeinde als Kreisverwaltungsbehörde im übertragenen Wirkungskreis tätig wird, in dem sie der Fachaufsicht unterliegt.

Ergibt sich aus dem Ablehnungsbescheid nicht klar, ob er in den Verantwortungsbereich von Erst- oder Zweitbehörde fällt,<sup>62)</sup> so ist er aber deshalb nicht gleich unwirksam. Sofern keine andere Auslegung möglich ist, wird man davon auszugehen haben, daß das Einvernehmen weder als versagt noch als abgegeben gilt, daß vielmehr die kreisfreie Gemeinde nur als Baugenehmigungsbehörde tätig geworden ist, als die sie ja den Bauantrag ohne Einholung des Einvernehmens ablehnen kann.<sup>63)</sup>

---

60) BVerwG, Besch. v. 16.12.1969, DÖV 1970, 349 (350), im Anschluß an BVerwGE 28, 268 (271 f.).

61) VGH München, U.v. 14.12.1967, BayVBl. 1968, 176; Heitzer-Oestreicher, BBauG, § 36, Anm. 1.c).

62) Z.B. die Ablehnung erfolgt allein unter Berufung auf § 35 Abs. 3 BBauG (so beim Sachverhalt des in Anm. 63 angeführten Beschlusses).

63) BVerwG, Beschl. v. 11.11.1968, DÖV 1969, 146.

#### 4. Aufsicht

Verweigert die Zweitbehörde ihr Einverständnis zu Unrecht, so gibt es zwei Möglichkeiten, um darüber hinwegzukommen: Eine gerichtliche Entscheidung sowie das Einschreiten der Aufsichtsbehörde. Letztere kann nun identisch mit der Erstbehörde sein. So ist die Kreisverwaltungsbehörde als Baugenehmigungsbehörde meist zugleich Aufsichtsbehörde über die mitwirkende Gemeinde.<sup>64)</sup> Jene wird durch dieses Zusammentreffen aber nicht gehindert, Aufsichtsmaßnahmen gegen die Gemeinde einzusetzen.<sup>65)</sup> Das Zusammenwirken macht nämlich Staat und Gemeinde nicht zu gleichrangigen Rechtssubjekten. Andernfalls entstünde eine aufsichtsfreie Zone, die dem geltenden Recht unbekannt ist.<sup>66)</sup> Die Aufsicht entfällt auch nicht deshalb, weil sich der betroffene Bürger gegen eine rechtswidrige Versagung des Einvernehmens im Klageweg wehren kann. Beide Möglichkeiten bestehen vielmehr unabhängig voneinander und sind nebeneinander zulässig.<sup>67)</sup>

Der Erstbehörde stehen, wenn sie als Aufsichtsbehörde fungiert, die üblichen Aufsichtsmittel<sup>68)</sup> ohne irgendwelche Beschränkungen zu: Sie kann das Verhalten der Gemeinde beanstanden, Änderungen verlangen und notfalls das verweigerte Einvernehmen im Wege der Ersatzvornahme selbst abgeben.<sup>69)</sup>

Wo allerdings die gemeindliche Entschließung Ermessensentscheidung ist,<sup>70)</sup> unterliegt sie der Aufsicht nur in den Grenzen des Ermessensmissbrauchs, da die gemeindliche Tätigkeit in diesem Bereich zum eigenen Wirkungskreis gehört, in dem nur Rechts- und keine Fachaufsicht besteht.<sup>71)</sup>

---

64) Vgl. in Bayern: Art. 110 S. 1 Gemeindeordnung.

65) So ausdrücklich wohl nur Ratuschny, BayVBl. 1966, 344; mittelbar folgt dies auch aus OVG Münster, U. v. 24.6.1970, DÖV 1970, 786. Zur Zulässigkeit der Kommunalaufsicht auch bei Mitwirkungsakten allgemein: BVerwGE 22, 342 (348); Schuegraf, DVBl. 1961, 654 (656 f.); Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721 (728); Meiborg, DÖV 1968, 828 (831).

66) Schuegraf, DVBl. 1961, 654 (656).

67) BVerwGE 22, 342; OVG Münster, U. v. 24.6.1970, DÖV 1970, 786.

68) Vgl. Wolff II, § 77 II d, S. 102 ff.

Gesetzliche Regelung z.B. in Bayern: Art. 111 ff. Gemeindeordnung.

69) Zur praktischen Effektivität der Aufsicht in diesem Bereich: Fickert, DVBl. 1964, 173 (179).

70) Z.B. § 31 Abs. 2 S. 1 BBauG.

71) Dazu Schuegraf, DVBl. 1961, 654 (657); Zinkahn-Bielenberg, BBauG, § 31, Rdn. 75.

## 2. Kapitel:

### Die Rechtsnatur der Mitwirkung

Die Diskussion um die prozessuale Behandlung der Mitwirkungsakte geht meist von der Prämisse aus, nur wenn es sich bei ihnen um Verwaltungsakte handle, bestehe eine selbständige Klagemöglichkeit in Form der Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage. Seien es verwaltungsinterne Vorgänge, so scheide eine gesonderte Klage aus, der Zweitakt sei dann im Rahmen einer Klage gegen den Erstakt, der stets Verwaltungsakt sei, überprüfbar. Die bei behördlichen Entscheidungen ohne Verwaltungsaktscharakter in Betracht zu ziehende allgemeine Leistungsklage bleibt meist unerwähnt. So spitzt sich die Diskussion gemeinhin zu auf die Frage nach der Verwaltungsaktsqualität. Doch wenn man auch mit deren Verneinung den selbständigen Klageweg noch nicht abschneidet, zumindest hängt von ihrer Beantwortung die zulässige Klageart ab - Anfechtungs- und Verpflichtungsklage setzen Verwaltungsakte voraus.<sup>72)</sup> So bleibt die Frage nach der Rechtsnatur der Mitwirkung auf jeden Fall die entscheidende Vorfrage für die prozessuale Behandlung.

#### I. Überblick über die vertretenen Ansichten

Es stehen sich zwei konträre Meinungen gegenüber: Der Beitrag der Zweitbehörde wird von der einen als verwaltungsinterner Vorgang - heute überwiegende Ansicht -, von der anderen als Verwaltungsakt angesehen. Folgt man letzterem, liegen demgemäß zwei Verwaltungsakte vor, die je von der Erst- und Zweitbehörde erlassen werden.

Eine vereinzelt gebliebene Mittelmeinung sah den Bescheid der Erstbehörde und den Mitwirkungsakt zusammen als einen einzigen anfechtbaren Verwaltungsakt an.<sup>73)</sup> Diese Ansicht ist nicht haltbar.<sup>74)</sup> Eine negative Ver-

---

72) § 42 Abs. 1 VwGO.

73) VGH München, U. v. 5.7.1956, BayVBl. 1956, 313 (das Urteil erging zu § 49 des alten Gesetzes über das Kreditwesen und wurde durch Urteil des BVerwG v. 10.7.1958, NJW 1959, 590 aufgehoben, das die Zustimmung der Bankenaufsichtsbehörde als Internum ansah); VG Berlin, U. v. 13.7.1954, JR 1954, 433.

74) Heinze, VerwArch. 52 (1961), 275 f.

fügung allein der Erstbehörde, die so bekanntlich rechtmäßig ergehen kann, wäre danach kein anfechtbarer Verwaltungsakt. Ein unerträgliches Ergebnis, in diesem praktisch bedeutsamen Bereich die Möglichkeit einer nachträglichen Streitsache abzuschneiden und bei einem Rechtsschutzbedürfnis womöglich zur Ausweichung auf die allgemeine Leistungsklage gezwungen zu sein, die doch wohl nicht für solche Fälle geschaffen ist. Vielmehr wird man nicht bezweifeln können, daß die Maßnahme der gegenüber dem Bürger tätigen Erstbehörde für sich allein ein Verwaltungsakt ist.

Problematisch ist also nur die Mitwirkungshandlung. Vielfach wird behauptet, allgemeine Regeln für deren rechtliche Klassifizierung ließen sich nicht aufstellen, vielmehr komme es stets auf den Einzelfall und seine konkrete Ausgestaltung an.<sup>75)</sup> Diese Formulierung ist zumindest mißverständlich. Allgemeine Regeln lassen sich nämlich sehr wohl aufstellen.<sup>76)</sup> Man muß sich nur vor Augen halten, daß es verschiedene Mitwirkungsarten gibt,<sup>77)</sup> die jeweils verschieden behandelt werden müssen. Für die Fälle innerhalb einer solchen Gruppe kommen dann die gleichen Grundsätze zur Anwendung. Die Schwierigkeit liegt nun darin, daß die Einordnung einer einzelnen gesetzlichen Vorschrift in eine solche Gruppe manchmal schwierig ist, da mangels einer feststehenden Terminologie der Wortlaut nicht immer einen zwingenden Schluß zuläßt. Hier kommt es nun auf den Sinn und Zweck einer Vorschrift an. Insoweit ist daher jene Behauptung richtig. Ist die Einordnung aber dann vollzogen, kommen die für die betreffende Mitwirkungsart geltenden Regeln zur Anwendung. Auch die Fälle der "negativen Bindung" sind dann alle gleich zu behandeln.<sup>78)</sup> Nur wie diese Behandlung auszusehen hat, ist gerade bei dieser Gruppe streitig.

Die folgende Übersicht kann bei der Vielzahl der in Frage stehenden gesetzlichen Vorschriften nicht den Anspruch auf Vollständigkeit erheben. Die seitenlange Aufzählung von Meinungen wäre auch wenig fruchtbar. Daher

---

75) Z.B. BVerwGE 18, 333 (335); 26, 31 (37); BVerwG, U. v. 26.9.1969, DVBl. 1970, 282; Schütz, NJW 1963, 2150; Schrödter, BBauG, § 36, Rdn. 5.

76) Vgl. etwa Friauf, DÖV 1961, 666 (668 ff.); Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721 (723 ff.); Heinze, VerwArch. 52 (1961), 275 ff. u. DÖV 1967, 33 (37 ff.). Auch das BVerwG verfährt in diesem Sinne, wenn es immer wieder an frühere Entscheidungen anknüpft, z.B. BVerwGE 21, 354; 22, 342.

77) Vgl. oben S. 1 ff.

78) Vorbehaltlich einiger Ausnahmen, wie noch zu zeigen sein wird.

wurde - besonders bei den Literaturstimmen - eine Auswahl getroffen.<sup>79)</sup>

Das Bundesverwaltungsgericht sieht die Mitwirkungsakte grundsätzlich als verwaltungsinterne Vorgänge an. Im einzelnen hat es in diesem Sinn bisher über folgende Vorschriften entschieden:

- § 12 S. 2 RAnwO für die Brit. Zone - Zustimmung der Rechtsanwaltskammer zur Zulassung als Rechtsanwalt (heute außer Kraft),<sup>80)</sup>
- § 49 Kreditwesengesetz v. 25.9.1939 (außer Kraft),<sup>81)</sup>
- § 9 Abs. 2 FStrG - Zustimmung der obersten Landesstraßenbaubehörde zu gewissen Baugenehmigungen,<sup>82)</sup>
- § 7 Abs. 2 der 1. DVO zur Interzonenhandelsverordnung - Mitwirkung des Bundesamtes für gewerbliche Wirtschaft bei der Erteilung von Warenbegleitscheinen für den Interzonenhandel,<sup>83)</sup>
- § 4 Abs. 3 des Gesetzes zum Schutze der Jugend in der Öffentlichkeit - Vorschlag des Jugendamtes zu gewissen Ausnahmegenehmigungen,<sup>84)</sup>
- § 12 Abs. 2 LuftVG - Zustimmung der Luftfahrtbehörde zu bestimmten Baugenehmigungen im Gebiet von Flughäfen,<sup>85)</sup>
- § 36 Abs. 1 S. 1 BBauG - Einvernehmen der Gemeinde im Baugenehmigungsverfahren,<sup>86)</sup>
- Beschlüsse des Bundespersonalausschusses (vgl. § 103 Abs. 2 BBG)<sup>87)</sup> und der Landespersonalausschüsse,<sup>88)</sup>
- § 19 Abs. 4 S. 3 BBauG - Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde zur

---

79) Übersichten z.B. bei Heinze, VerwArch. 52 (1961), 275 (284 ff.) u. DÖV 1967, 33 (38 ff.); Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721 (729 ff.); Schuegraf, NJW 1966, 177 ff.

80) BVerwGE 1, 169 u. 2, 95.

81) U. v. 10.7.1958, NJW 1959, 590, vgl. Anm. 73.

82) BVerwGE 16, 116. Zust. Anm. Kratzer, BayVBl. 1964, 51 (vgl. auch BayVBl. 1964, 254); ablehnend Fickert, DÖV 1964, 661.

83) Urteile vom 29.5.1964, BVerwGE 18, 333 u. DVBl. 1964, 1002.

84) BVerwGE 19, 94.

85) BVerwGE 21, 354.

86) Urteile vom 19.11.1965, BVerwGE 22, 342 u. DVBl. 1966, 181. Abl. Anm. v. Beutner, BayVBl. 1966, 145, sowie Schrödter, DVBl. 1966, 182. Zustimmend zum BVerwG und gegen Schrödter: Kuntzmann-Auert, DÖV 1966, 701; Fromm, BB 1966, 1329.

87) BVerwGE 26, 31 (hier zu § 42 Abs. 1 Nr. 6 BLV alter Fassung).

88) U. v. 14.12.1966, BayVBl. 1968, 24 (hier Berliner Landespersonalaus-schuß); vgl. auch BVerwGE 36, 188.

Bodenverkehrsgenehmigung,<sup>89)</sup>

Mitteilung der zuständigen Landesbehörde an das Finanzamt, ein Grundstückskauf erfülle nicht die Voraussetzungen für die Ausstellung einer Bescheinigung für die Grunderwerbssteuerfreiheit nach Art. 1 Nr. 2 des bayer. Gesetzes vom 10.2.1958 (Bayer. GVBl. 1958 S. 22).<sup>90)</sup>

Ausnahmsweise hat das Bundesverwaltungsgericht dagegen den Widerspruch des Personalgutachterausschusses für die Streitkräfte gegen die gesetzliche Überführung eines Bundesgrenzschutzbeamten in die Bundeswehr (§ 2 Abs. 3 Ziff. 3 des 2. Gesetzes über den Bundesgrenzschutz vom 30.5.1956 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 des Personalgutachterausschuß-Gesetzes vom 23.7.1955) im Urteil vom 23.1.1961<sup>91)</sup> als Verwaltungsakt angesehen.

Der Bundesgerichtshof hat sich beim Einvernehmen der Gemeinde nach § 36 Abs. 1 S. 1 BBauG dem BVerwG angeschlossen.<sup>92)</sup>

Der Bundesfinanzhof sah eine Versagung der Zustimmung des Bundesfinanzministers nach § 1 Abs. 3 des 2. Gesetzes über die Finanzverwaltung vom 15.5.1952 als Verwaltungsakt an.<sup>93)</sup>

Die Oberverwaltungsgerichte waren zunächst geteilter Ansicht. Von folgenden Gerichten wurden Mitwirkungsentscheidungen für Verwaltungsakte gehalten:

OVG Berlin, U. v. 8.7.1954 (Beschuß des Richterwahlausschusses nach Berliner Richtergesetz, der als Zweitbehörde hinter dem für Richterernennungen zuständigen Senator für Justiz stand);<sup>94)</sup>

OVG Hamburg, U. v. 28.8.1958 (§ 9 Abs. 2 FStrG; Vorinstanz zu BVerwGE

---

89) U. v. 10.5.1968, DVBl. 1968, 806; in den Gründen wird dem auch die Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde nach § 36 Abs. 1 S. 2 BBauG gleichgestellt.

90) U. v. 26.9.1969, DVBl. 1970, 282.

91) BVerwGE 12, 20.

92) U. v. 17.9.1970, DÖV 1970, 784.

93) U. v. 1.8.1961, BFHE 74, 144.

94) DVBl. 1954, 743; dagegen sah das Gericht im Urteil vom 21.1.1959, DVBl. 1959, 514 die Mitwirkung (ebenfalls Beschuß des Richterwahlausschusses, aber nach anderer Vorschrift) als Internum an.

16, 116);<sup>95)</sup>

Hess. VGH, U. v. 2.8.1963 (§ 36 Abs. 1 S. 1 BBauG);<sup>96)</sup>

OVG Münster, U. v. 8.9.1953,<sup>97)</sup> U. v. 27.3.1962 (§ 9 Abs. 2 FStrG),<sup>98)</sup>

U. v. 11.4.1962 (Interzonenhandel);<sup>99)</sup>

OVG Rheinl.-Pfalz, U. v. 3.11.1960 (§ 9 Abs. 2 FStrG);<sup>100)</sup>

OVG Saarlouis, U. v. 18.3.1960 (Zustimmung der Obersten Naturschutzbehörde zu gewissen Baugenehmigungen nach § 79 Abs. 4 Saarl. BauG);<sup>101)</sup>

Bad.-Württ. VGH, U. v. 11.4.1962 (Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde nach § 36 Abs. 1 S. 2 BBauG).<sup>102)</sup>

Seit den Grundsatzentscheidungen des BVerwG<sup>103)</sup> wurde diese Ansicht von den Gerichten zunehmend aufgegeben. Auf unterschiedliche Entscheidungen desselben Gerichts wurde bereits hingewiesen.<sup>104)</sup> Ausdrücklich haben das OVG Münster im Urteil v. 25.3.1964<sup>105)</sup> und der Hess. VGH ihm nicht veröffentlichten Urteil v. 12.7.1968<sup>106)</sup> ihre frühere Rechtsprechung aufgegeben und sich dem BVerwG angeschlossen.

---

95) MDR 1959, 522; gegenteiliger Ansicht aber im Urteil vom 27.5.1960, DVBl. 1960, 643 bei der Zustimmung des Bundesinnenministers zu Eingriffen nach § 3 der VO über die Staatsangehörigkeit vom 5.2.1934.

96) DÖV 1964, 744.

97) NJW 1954, 526 (Vorinstanz zu BVerwGE 1, 169; vgl. S. 18).

98) DVBl. 1962, 492.

99) DÖV 1962, 833 (Vorinstanz zu BVerwG, DVBl. 1964, 1002; vgl. S. 18) m. abl. Anm. v. Heinze.

100) DÖV 1961, 117; a.A. aber in 2 Urteilen v. 12.12.1963, DVBl. 1964, 538 (zu § 36 Abs. 1 S. 1 BBauG) u. DVBl. 1964, 540 (zu § 36 Abs. 1 S. 2 BBauG).

101) DVBl. 1960, 523.

102) BaWüVBl. 1962, 123; a.A. im U.v. 13.1.1964, DÖV 1964, 751 (zu § 19 Abs. 4 S. 1 u. 2 BBauG - Mitwirkung von Gemeinde u. höh. Verwaltungsbehörde bei Erteilung der Bodenverkehrsgenehmigung), im U.v. 21.4.1964, BaWüVBl. 1964, 170 (zu § 36 Abs. 1 S. 2 BBauG) sowie im U. v. 4.3.1965, DVBl. 1966, 177 (§ 36 Abs. 1 S. 1 BBauG; Vorinstanz zu BVerwGE 22, 342).

103) Besonders BVerwGE 16, 116 u. 22, 342.

104) Vgl. die Anmerkungen 94), 95), 100), 102). Die Urteile dieser Gerichte, die gleicher Ansicht wie das BVerwG sind, sind durchwegs später ergangen.

105) OVGE 19, 284 (zu § 9 Abs. 2 FStrG): "unter Zurückstellung gewisser Bedenken" (S. 290).

106) OS IV 84/65, angeführt bei Zinkahn-Bielenberg, BBauG, § 14, Rdn. 53.

Stets für ein Internum sah das OVG Lüneburg<sup>107)</sup> die Mitwirkungsakte an; in der Regel entschied auch der Bayer. VGH<sup>108)</sup> in diesem Sinne.

Die Auffassung von der verwaltungsinternen Natur dürfte heute unter den Gerichten unbestritten sein.

In der Literatur ist das anders. Hier besteht bis jetzt keine Einigkeit, wenn auch die Meinung der Rechtsprechung die meisten Anhänger findet.

Unter den Kommentaren zur VWGO vertritt nur der von Ule<sup>109)</sup> die Verwaltungsaktsqualität, die übrigen<sup>110)</sup> stimmen der herrschenden Meinung zu. Das Gleiche tun alle Kommentare zum BBauG.<sup>111)</sup>

Von den übrigen Autoren, die zur Mitwirkung generell Stellung genommen haben, halten sie für einen internen Vorgang: Forsthoff,<sup>112)</sup> Hans J. Wolff,<sup>113)</sup> Heinze,<sup>114)</sup> Schütz,<sup>115)</sup> Schuegraf.<sup>116)</sup> Dagegen plädieren für

107) U. v.10.1.1957, DVBl. 1958, 138 (§ 9 Abs. 2 FStrG) m. abl. Anm. v. Obermayer; U. v.6.7.1962, DVBl. 1962, 757 (§ 36 Abs. 1 S. 1 u. 2 BBauG) - das Gericht hält aber beim Einvernehmen der Gemeinde im Ermessensbereich einen VA für möglich (S. 760), dazu zustimmend Schrödter, BBauG, § 36, Anm. 7 a.E. entgegen DVBl. 1962, 743 (749): auch bei Ermessen Einv. Internum; U. v.25.2.1965, DVBl. 1966, 185 (§ 36 Abs. 1 S. 1 BBauG); U. v.13.1.1966, DVBl. 1966, 187 (§ 19 Abs. 4 S. 2 BBauG)-Vorinstanz zu BVerwG, DVBl. 1968, 806, vgl. Anm. 89.

108) U. v.9.3.1955, BayVBl. 1955, 217 (§ 10 Abs. 2 S. 2 Hebammengesetz v. 21.12.1938: Einspruch des Innenministers gegen Niederlassungserlaubnis einer Hebamme); U. v.13.3.1964, BayVBl. 1964, 191 (Zustimmung des Landespersonalausschusses zu beamtenrechtlichen Entscheidungen); vgl. aber S.16 f. u. Anm. 73.

109) § 42, Anm. IV 1 g.

110) Eyermann-Fröhler, § 42, Rdn. 56 e; Klinger, § 42, Anm. E I 3 b; Redeker-von Oertzen, § 42, Anm. 57; Schunck-De Clerk, § 42, Anm. 2 a jj (einschränkend).

111) v.Hausen-v.d.Heide, § 36, Anm. 2; Schütz-Frohberg, Einl. 6; Meyer-Stich-Tittel, § 36, Rdn. 4, 8; Knaup-Ingenstau, § 36, Rdn. 3, 6; Schrödter, § 36, Rdn. 7; Heitzer-Oestreicher, § 31, Anm. 1 a, § 36, Anm. 3 a; Brügelmann-Grauvogel, § 19, Anm. IV 3 b, § 36, Anm. 3 a, 4 a; Zinkahn-Bielenberg, § 31, Rdn. 77, 82, § 36, Rdn. 16, 41.

112) Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 202

113) Verwaltungsrecht I, S. 334 f. unter 2 ß.

114) VerwArch. 51 (1961), 159, 275 u. DÖV 1967, 33.

115) NJW 1963, 2150.

116) NJW 1966, 177; aber Mitwirkung der Gemeinde nach dem BBauG soll VA sein (S. 179 f.), ebenso DVBl. 1961, 654.

Verwaltungsakt: Ule,<sup>117)</sup> Friauf,<sup>118)</sup> Frischmann-Weingart,<sup>119)</sup> Achterberg,<sup>120)</sup> Menger.<sup>121)</sup>

Von den Stellungnahmen zu einzelnen Vorschriften seien nur noch einige zum Bundesbaugesetz, wo die Mitwirkung am häufigsten aktuell wird, angeführt. Für Internum: Pietzonka,<sup>122)</sup> Wagener,<sup>123)</sup> Waldemar Schneider,<sup>124)</sup> Proksch.<sup>125)</sup> Für Verwaltungsakt: Stich,<sup>126)</sup> Fickert,<sup>127)</sup> Schatz.<sup>128)</sup> 129)

Die bisherigen Darlegungen gingen stillschweigend von der Voraussetzung aus, daß sich die Zweitbehörde in dem ihr vom Gesetz gesteckten Rahmen hält: Der Bürger hat nur mit der Erstbehörde zu tun, die Zweitbehörde tritt nur mit der Erstbehörde in Verbindung. Es kann nun vorkommen, daß die Zweitbehörde über ihre Befugnisse hinausgeht und - was dann natürlich rechtswidrig ist - sich unmittelbar an den Bürger wendet, also ihm gegenüber die Zustimmung oder deren Versagung abgibt. In diesem

---

117) Verwaltungsprozeßrecht (Studienbuch), S. 127 f.

118) DÖV 1961, 666.

119) DÖV 1962, 721.

120) DÖV 1971, 397 (401), der den VA wegen seiner Unselbständigkeit "Verwaltungsvorakt" nennt, was aber ein echter VA sein soll.

121) In laufender Besprechung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen im Verwaltungsarchiv; aus neuerer Zeit: 55 (1964), 175; 56 (1965), 186; 57 (1966), 274; 58 (1967), 74; 59 (1968), 171.

122) NJW 1961, 1425 (1426 ff.).

123) DVBl. 1962, 737.

124) DÖV 1965, 513.

125) BayVB1. 1968, 59 (Einvernehmen der Gemeinde).

126) DVBl. 1962, 193.

127) DVBl. 1964, 173 (Einvernehmen der Gemeinde).

128) BayVB1. 1969, 384 (Einvernehmen der Gemeinde).

129) Weitere Fundstellen oben in den Anmerkungen zur Entscheidungsübersicht.

Fall hält auch die herrschende Meinung das Verhalten der Zweitbehörde für einen Verwaltungsakt.<sup>130)</sup>

Schließlich kann ausnahmsweise das Gesetz selbst eine Mitwirkung zum Verwaltungsakt machen, was regelmäßig durch Einräumung selbständiger Rechtsmittel gegen den Mitwirkungsakt geschieht.<sup>131)</sup>

---

130) Z.B. BVerwGE 16, 116 (127); 21, 354 (356).  
Heinze, VerwArch. 52 (1961), 275 (280) u. DÖV 1967, 33 (40)  
spricht hier von VA "expressis verbis".  
Näheres dazu - mit weiteren Nachweisen - unten S. 48 ff.

131) Nach Heinze, VerwArch., aaO., S. 283, VA "ipso iure". Ein Beispiel ist § 9 Bundesrechtsanwaltsordnung, die Nachfolgebestimmung des § 12 RANwO für die Brit. Zone, bei welcher Bestimmung das BVerwG sich zum ersten Mal mit der behördlichen Mitwirkung zu befassen hatte (BVerwGE 1, 169). § 9 Abs. 2 BRAO gewährt gegen die Mitwirkungshandlung nun den Antrag auf gerichtliche Entscheidung.

## II. Darstellung im einzelnen

### A. Die Mitwirkung im Regelfall<sup>132)</sup>

1. Wenn man nach der Rechtsnatur der Mitwirkungsakte fragt, so muß man von dem überkommenen Begriff des Verwaltungsaktes ausgehen, wie ihn Wissenschaft und Rechtsprechung entwickelt haben.<sup>133)</sup> § 25 MRVO Nr. 165 enthielt eine berühmte Definition des Verwaltungsaktes. Im heute geltenden Bundesrecht findet sich dagegen keine solche. § 27 EVwVerfG sieht nun wieder eine Begriffsbestimmung vor,<sup>134)</sup> die als Extrakt der herrschenden Meinung angesehen werden kann.<sup>135)</sup> Sie lautet: "Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist."

Für den Begriff des Verwaltungsaktes ist nicht entscheidend, ob die Behörde zum Erlaß der von ihr getroffenen Maßnahme auch befugt war. Dies betrifft die Rechtmäßigkeit der Maßnahme. Für die Frage, ob ein Verwaltungsakt vorliegt, kommt es nur darauf an, ob die Behörde de facto einen Einzelfall regelt, was sich allein aus der Maßnahme selbst ergibt. Bei dieser Feststellung kommt es weniger auf den Willen der Behörde an, als vielmehr auf die Art und Weise ihres Verhaltens. Es ist mithin eine objektive Betrachtungsweise zu wählen.<sup>136)</sup>

---

132) Die eben - S. 22/23 - angeführten Ausnahmefälle bleiben hier also noch ausgeklammert.

133) Dazu etwa Forsthoff, § 11; Wolff I, § 46; Ule, Verwaltungsprozeßrecht, Anhang zu § 32.  
Es ist hier nicht der Ort, sich ausführlich mit dem VA-Begriff auseinanderzusetzen. Den Erörterungen wird insoweit die herrschende Meinung zugrunde gelegt.

134) Gleichlautend das bereits geltende Landesverwaltungsgesetz Schleswig-Holstein v. 18.4.1967 in § 106.

135) Der herrschende VA-Begriff ist übrigens keineswegs als endgültig gesichert anzusehen. So hält Schweickhardt, DÖV 1965, 795 den hergebrachten VA-Begriff für überflüssig. Martens, DVBl. 1968, 322 will die Definition anders fassen. Hoffmann-Becking, DÖV 1972, 196 rügt die weite Auslegung speziell beim feststellenden VA durch die Gerichte, wodurch der VA-Begriff konturenlos werde.

136) So OVG Koblenz, U.v. 12.12.1963, DVBl. 1964, 540.

Die angeführte Definition läßt sich nun in folgende Einzelmerkmale zerlegen:

- a) Es muß eine Verwaltungsbehörde tätig geworden sein.
- b) Diese Tätigkeit muß dem Gebiet des öffentlichen Rechts zuzurechnen sein.
- c) Gegenstand der Tätigkeit muß ein Einzelfall sein.  
(Gegensatz ist die Normsetzung.)
- d) Der Einzelfall muß geregelt werden, d.h. ein einseitiger und verbindlicher Ausspruch der Behörde muß die beabsichtigte Rechtswirkung hervorbringen.  
(Das Gegenteil sind Verträge, bei denen sich die Partner gleichrangig gegenüberstehen.)<sup>137)</sup>
- e) Die mit dem verbindlichen Ausspruch angestrebte Rechtswirkung muß unmittelbar nach außen gerichtet sein.  
(Nicht nach außen gerichtet sind verwaltungsinterne Maßnahmen wie Weisungen und innerdienstliche Anordnungen.)

§ 27 EVwVerfG stellt mit seinem Bezug auf die unmittelbare Rechtswirkung auch eine Absage an die Ansicht von Menger<sup>138)</sup> dar, der eine mittelbare Rechtswirkung für den Begriff des Verwaltungsaktes genügen läßt. Menger unterscheidet zwischen materiellem und formellem Verwaltungsakt. Ersterer sei das Ergebnis des behördlichen Handelns - also das, was nach h.M. allein den Verwaltungsakt ausmacht -, letzterer der Vorgang des Ergehens, die einzelne formelle Entscheidung, die den materiellen Ausspruch hervorbringt. Ein derartiger formeller Verwaltungsakt äußere mittelbare Rechtswirkung, was bereits eines "Regelung" im Sinne des Verwaltungsaktsbegriffes sei.<sup>139)</sup> Die Mitwirkung der Zweitbehörde

---

137) Häufig wird der VA als rechtsgeschäftliche Willenserklärung angesehen, vgl. z.B. Hoffmann-Becking, DÖV 1972, 196 (197) mit Nachweisen; OVG Berlin, U. v. 21.1.1959, DVBl. 1959, 514 (516 f.), betreffend einen Mitwirkungsfall; ablehnend etwa - mit beachtlichen Gründen - Forsthoff, S. 200.

138) System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, S. 103 ff.

139) Der Begriff "Regelung" umfaßt aber nach h.M. das Verfahren beim Erlaß gerade nicht, so ausdrücklich Wolff I, S. 332.

sieht Menger als formellen Verwaltungsakt an.<sup>140)</sup>

§ 27 EVwVerfG erteilt dieser Ansicht zu Recht eine Absage. Denn durch sie wird das Formelle, dem gegenüber dem materiellen Recht nur dienende Funktion zukommt, überbewertet. Rechtsschutzgründe zwingen keineswegs zur Anerkennung des formellen Verwaltungsaktes. Wird das Verfahren beim Erlass eines Verwaltungsaktes verletzt, ist dieser rechtswidrig und der Bürger kann seine Aufhebung verlangen, wenn er in seinen Rechten verletzt ist. Damit ist dem Rechtsschutz Genüge geleistet, ohne daß man mittelbaren Regelungen Verwaltungsaktsqualität zuerkennen braucht.<sup>141)</sup>

Zur Beantwortung der Frage, ob Zweitakte Verwaltungsakte sind, ist also von der gegebenen Definition auszugehen. Nicht richtig ist es dagegen, wenn man den Verwaltungsaktsbegriff gar für entbehrlich hält und im Hinblick auf den durch Art. 19 Abs. 4 GG gebotenen umfassenden Rechtsschutz die Anfechtbarkeit einer behördlichen Maßnahme allein nach dem schutzwürdigen Interesse des Bürgers bemißt. Liege ein solches vor, seien die es tangierenden behördlichen Entscheidungen gewissermaßen "verfassungskonform" als Verwaltungsakte anzusehen.<sup>142)</sup> Das scheint die Konsequenz der schon seit je vertretenen Prämisse, daß der Verwaltungsakt eine Zweckerschöpfung unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzes sei,<sup>143)</sup> zu sein.

Derartige Folgerungen wären sinnvoll, wenn nur Verwaltungsakte im Klagewege angreifbar wären. Gerade das ist aber unter der Geltung der VwGO nicht der Fall. Sie eröffnet den Rechtsweg in "allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten" (§ 40 Abs. 1), nicht nur in solchen, bei denen Verwaltungsakte im Spiel sind, wobei als "Auffangklage" die nicht im einzelnen ge-

140) VerwArch. 50 (1959), 396 f.; 55 (1964), 177 f.; 56 (1965), 189 f. Ähnlich hält Friauf, DÖV 1961, 666 (672 f.) eine mittelbare Außenwirkung für ausreichend, die bei den Mitwirkungsakten gegeben sei, wenn die verweigerte Zustimmung dem Betroffenen dadurch bekannt werde, daß die Erstbehörde in der nun erforderlichen Ablehnung zur Begründung darauf verweise.

141) Gegen Menger auch BVerwGE 28, 145 (146).

142) So Fickert, DVBl. 1964, 173 (175); Maunz-Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4, Rdn. 24 (1958!), also vor Inkrafttreten der VwGO geschrieben).

143) Z. B. BVerwGE 3, 258 (262); BGH, U. v. 10.3.1958, DÖV 1958, 629 m. Anm. v. Obermayer, der zu Recht rügt, daß der BGH hier mit teleologischen Gesichtspunkten die Wesensmerkmale des Verwaltungsaktes verschleiert hat; Stich, DVBl. 1963, 193 (197); Redeker-von Oertzen, VwGO, § 42, Anm. 22.

regelte sog. allgemeine Leistungsklage zur Verfügung steht. Da also Rechtsschutzgründe nicht zu einer extensiven Auslegung des Verwaltungsaktsbegriffes zwingen, sollte man sich vor seiner Verwässerung hüten<sup>144)</sup> und ihm nur jene Einzelfallregelungen im Sinne der gegebenen Definition unterstellen.<sup>145)</sup>

Erfüllen diese nun die Zweitakte? Die Mitwirkungsbehörde ist eine Verwaltungsbehörde, die auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts und in einem Einzelfall tätig wird. Die Merkmale a) bis c)<sup>146)</sup> sind daher erfüllt. Zweifelhaft sind aber die Punkte d) und e), die man zum Kriterium der unmittelbaren rechtlichen Außenwirkung<sup>147)</sup> zusammenfassen kann. Regelt die ihr Einvernehmen erklärende Gemeinde schon einen Einzelfall, oder stellt erst die Entscheidung der Baugenehmigungsbehörde eine Regelung dar? Ist weiterhin das erklärte Einvernehmen nach außen gerichtet oder verbleibt es im Innenbereich der Verwaltung? Diese Fragen lassen sich nicht sofort mit ja oder nein beantworten. Das zeigt auch die Tatsache, daß sich die Vertreter der beiden entgegengesetzten Ansichten über den dogmatischen Ausgangspunkt meist einig sind,<sup>148)</sup> aber dann zu verschiedenen Ergebnissen gelangen.

Ein Wort noch zur Konkretisierung des Begriffs der unmittelbaren Außenwirkung. Mit ihm soll ausgedrückt werden, daß die bezweckte Rechtswirkung allein aufgrund des fraglichen Behördenausspruchs eintreten muß, ohne daß weitere Ereignisse - das könnte das Verhalten der Erstbehörde sein - hinzutreten dürfen.<sup>149)</sup> Ferner muß die Außenwirkung rechtlich sein, d.h. eine zwar unmittelbare, aber lediglich faktische Außenwirkung genügt ebenfalls nicht.<sup>150)</sup>

---

144) In diesem Sinne auch Wolff I, S. 352.

145) Davon zu unterscheiden ist die Streitfrage, ob die Verpflichtungsklage auf alle Amtshandlungen im subordinationsrechtlichen Bereich auszudehnen ist, also auch dann, wenn kein VA begehrt wird. Darauf wird noch einzugehen sein, vgl. unten S. 94 ff.

146) Vgl. oben S. 25.

147) Daß dies entscheidend, vgl. BVerwGE 28, 145 (146); Heinze, VerwArch. 52 (1961), 275 ff.; Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721 (722).

148) Vgl. unter den grundlegenden Abhandlungen etwa die in Anm. 146) genannten Beiträge, von denen der von Heinze der h.M. zustimmt, der von Frischmann-Weingart der Gegenansicht.

149) So z.B. BVerwGE 28, 145 (146); Heinze, DÖV 1962, 834 (836); Hoffmann-Becking, DÖV 1972, 196 (197).

150) Heinze, VerwArch. 52 (1961), 275 (278).

Sieht man sich die verschiedenen Lösungsversuche an, so fällt auf, daß häufig nicht vom Merkmal der unmittelbaren rechtlichen Außenwirkung ausgegangen, sondern mit einzelnen, anscheinend willkürlich herausgegriffenen Kriterien - etwa der Ausgestaltung des Verfahrens, der Bindung der Erstbehörde an die verweigerte Zustimmung, der Praktikabilität und Prozeßökonomie - argumentiert wird. Das beziehungslose Operieren mit solchen Schlagworten ist wenn nicht falsch, doch zumindest mißverständlich. Ob eine behördliche Maßnahme Verwaltungsakt, hängt nicht allein von praktischen oder prozeßökonomischen Gründen ab. Richtigerweise sind derartige Gesichtspunkte Hilfskriterien, die der Erkenntnis, ob eine unmittelbare Außenwirkung vorliegt, dienen. Als solche lassen sie isoliert keine zwingenden Schlüsse zu, können aber in ihrer Gesamtheit zu einem klaren Ergebnis führen.

Sehen wir uns diese Hilfskriterien im einzelnen an.

a) Wortlaut

Der Wortlaut der einschlägigen Vorschriften geht meist dahin, daß die Erstbehörde "im" Einvernehmen oder "mit" Zustimmung der Zweitbehörde zu entscheiden habe. Daraus läßt sich schließen, daß nur die Erstbehörde berechtigt ist, mit unmittelbarer Rechtswirkung nach außen zu entscheiden, während Einvernehmen und Zustimmung im internen Bereich der Verwaltung verbleiben.<sup>151)</sup> Auch die Wortwahl "Zustimmung" deutet auf eine unselbständige Entscheidung,<sup>152)</sup> während es beim Einvernehmen nicht so deutlich ist.

Mit der gesetzlichen Formulierung allein die Rechtsnatur der Mitwirkungsakte zu begründen wäre jedoch Begriffsjurisprudenz. Denn wichtiger als der Buchstabe sind Sinn und Zweck des Gesetzes. Der Wortlaut bietet zwar einen Anhaltspunkt, endgültige Schlüsse dürfen aus ihm allein nicht gezogen werden.<sup>153)</sup>

---

151) BVerwGE 16, 116 (121) zu § 9 Abs. 2 FStrG; E 28, 145 (147) zu § 36 Abs. 1 S. 1 BBauG.

152) Marschall, FStrG, § 9, Rdn. 3.3.

153) Stich, DVBl. 1963, 193 (196). Die nur beschränkte Brauchbarkeit der Wortinterpretation zeigt sich auch daran, daß aus der gesetzlichen Fassung sogar der umgekehrte Schluß, auf die VA-Qualität der Zustimmung, gezogen wurde, so OVG Saarlouis, U. v.18.3.1960, DVBl. 1960, 523 (524).

## b) Ausgestaltung des Verfahrens

Der Gesetzgeber hat das Verfahren beim Erlaß eines mehrstufigen Verwaltungsaktes durchweg so geregelt, daß die Verbindung zum Bürger nur über die Erstbehörde besteht. Er hat seinen Antrag in der Regel bei der Erstbehörde zu stellen.<sup>154)</sup> Diese setzt sich dann, wenn sie dem Antrag stattgeben will, mit der Zweitbehörde in Verbindung. Die Zweitbehörde spricht ihr Einverständnis oder dessen Ablehnung nur der Erstbehörde gegenüber aus. Allein die Erstbehörde erläßt dann den für den Antragsteller bestimmten Bescheid. Dieser erfährt höchstens durch die Erstbehörde, daß der Grund für die Ablehnung das fehlende Einverständnis der Zweitbehörde ist. In keinem Stadium des Verfahrens tritt die Zweitbehörde in unmittelbare Beziehung zum Bürger.

Daß nur ein Bescheid der Erstbehörde ergeht, ergibt noch kein Argument für die Rechtsnatur der Mitwirkung. Denn die Erstbehörde könnte auch Botin einer Verfügung der Zweitbehörde sein. Eine derartige Konstruktion wäre auch mit dem Gesetz vereinbar, das sich über die nähere Ausgestaltung des dem Bürger zu eröffnenden Bescheides ausschweigt. Im übrigen läßt sich freilich mit der bestehenden Behördenpraxis nicht argumentieren: Die Mitwirkung ist nicht deshalb ein Internum, weil sie üblicherweise nicht besonders mitgeteilt wird; vielmehr ist sie besonders mitzuteilen, wenn sie Verwaltungsakt ist.<sup>155)</sup>

Abgesehen von dieser Ausnahme läßt aber die Ausgestaltung des Verfahrens darauf schließen, daß dem Mitwirkungsakt nach dem Willen des Gesetzes keine unmittelbare Außenwirkung zukommt.<sup>156)</sup> Man muß in diesem Zusammenhang die Unterscheidung von Innen- und Außenverhältnis der Verwaltung berücksichtigen. Ersteres betrifft das Verhältnis von Verwaltungs-

---

154) Ausnahme im Baurecht: Anträge auf die Baugenehmigung sind meist bei der Gemeinde (Zweitbehörde) einzureichen, vgl. Art. 86 Abs. 1 BayBauO.

155) Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721 (723).

156) BVerwGE 1, 169 f.; 16, 116 (122); 26, 31 (39 f.); U. v. 26.9.1969, DVBl. 1970, 282; OVG Koblenz, Urteile v. 12.12.1963, DVBl. 1964, 538 u. 540 (541); VGH Mannheim, U. v. 23.3.1966, DVBl. 1967, 205; Kratzer, BayVBl. 1964, 254 (255); Schneider, DÖV 1965, 513 (517).

organen zueinander, letzteres das Verhältnis zwischen Verwaltung und einzelner. Nur im Außenverhältnis ergehen Verwaltungsakte; Maßnahmen im Innenverhältnis bleiben behördenintern. Das Verfahren beim Erlass eines Verwaltungsaktes durchläuft nacheinander diese beiden Bereiche und gliedert sich dementsprechend in zwei Phasen: Die interne staatliche Willensbildung und den nach außen gerichteten Befehl. Zur ersten Phase gehören etwa die Überlegungen des mit der Sache befaßten Beamten, Entscheidungsentwürfe, die Einholung von Gutachten und Auskünften. Das geschilderte Mitwirkungsverfahren spricht dafür, daß auch die Tätigkeit der Mitwirkungsbehörde diesen Vorbereitungshandlungen gleichzuachten ist, sie also dem Bereich der internen Willensbildung angehört und die Mitwirkungsakte mangels Außenwirkung keine Verwaltungsakte sind.<sup>157)</sup> Dabei ist es unerheblich, ob die Mitwirkungsbehörde der gleichen Körperschaft wie die Erstbehörde angehört oder nicht, denn die verfahrensmäßige Handhabung ist in beiden Fällen die gleiche.

#### c) rechtliche Beziehungen

Mit der Unterscheidung von Innen- und Außenverhältnis der Verwaltung hängt ein weiteres Kriterium zusammen. Nur im Außenverhältnis wird der Einzelfall im Sinne des Verwaltungsaktsbegriffs geregelt. Durch die Regelung entstehen zwischen Verwaltung und Bürger Rechtsbeziehungen. Nach derartigen Rechtsbeziehungen zu suchen, ist eine weitere Möglichkeit, um zur Beantwortung der Frage nach der Rechtsnatur einer Maßnahme zu gelangen.

Die Tatsache, daß sich die Mitwirkung allein zwischen Erst- und Zweitbehörde abspielt, ergibt ein starkes Indiz dafür, daß rechtliche Beziehungen der Zweitbehörde zum Bürger nicht bestehen.<sup>158)</sup> Weil dieser nur von der Erstbehörde einen Bescheid erhält, in welchem der Mitwirkungsakt gewissermaßen "aufgeht", entsteht zwischen ihm und der Zweitbehörde kein Rechtsverhältnis.

157) So z.B. OVG Berlin, U. v. 21.1.1959, DVBl. 1959, 514 (517); ähnlich Meyer in Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. II, S. 229 (251): Die Entscheidung der Gemeinde über die Erteilung des Einvernehmens betreffe nicht das Verhältnis zum Antragsteller, sondern liege auf einer anderen Ebene und beruhe auf einer Vorprüfung des Vorhabens.

158) H.M., vgl. BVerwGE 1, 169 (170); 16, 116 (119); 28, 245 (247); OVG Münster, U. v. 25.3.1964, OVG 19, 285 (290); Zinkahn-Bielenberg, BBauG, § 36, Rdn. 16; a.A. Stich, DVBl. 1963, 193 (198).

## d) Bindungswirkung der Zweitaktes

Die Bindungswirkung des Zweitaktes<sup>159)</sup> wird häufig als Argument für den Verwaltungsaktscharakter der Mitwirkung herangezogen.<sup>160)</sup> Sie zeige, daß der Mitwirkungsakt gesetzliche Voraussetzung der endgültigen Entscheidung sei und ihm daher Tatbestandswirkung zukomme.<sup>161)</sup> Daraus folge, daß der Zweitakt bereits die Regelung eines Einzelfalles enthalte. Die Bindung wurde zum Teil derart in den Vordergrund gerückt, daß die Regel aufgestellt wurde: Wenn ein Mitwirkungsakt die Erstbehörde bindet, ist er ein Verwaltungsakt, wenn nicht, handelt es sich um einen verwaltungsinternen Vorgang.<sup>162)</sup> Diese Regel fand ihre Anhänger sogar unter einigen Vertretern der herrschenden Meinung, die dann folgerichtig die Bindung leugnen mußten.<sup>163)</sup>

Die Bindungswirkung ist jedoch kein taugliches Kriterium zur Beurteilung der Rechtsnatur der Mitwirkung.<sup>164)</sup> Dazu ist wieder auf die bereits angesprochene Unterscheidung von Innen- und Außenverhältnis der Verwaltung zurückzugreifen. Ob eine Behörde an die EntschlieÙung einer zweiten Behörde gebunden ist, betrifft deren Verhältnis zueinander, also das Innenverhältnis. Eine Maßnahme, die der behördlichen Willensbildung dient, wirkt nicht deshalb nach außen, weil sie eine andere Behörde bindet. Folgt man der Gegenansicht, so überzeugt auch die andersartige Behandlung der aufsichtlichen Weisung, die auch von dieser Meinung als verwaltungsinterner Vorgang angesehen wird, nicht. Diese müÙte doch erst recht Verwaltungsakt sein, da sie stets bindet, während die hier zur Erörterung stehenden Mitwirkungsakte nicht immer bindend sind, sondern nur einen positiven Be-

---

159) Zu deren Umfang oben S. 7 ff.

160) Ausführliche Nachweise aus Rechtsprechung und Literatur bei Ule, VwGO, § 42, Anm. IV 1 g; Heinze, DÖV 1967, 33 (37 f.)

161) OVG Hamburg, U. v. 28.8.1958, MDR 1959, 522 f.; Friauf, DÖV 1961, 666 (669 f.); ähnlich Menger, VerwArch 53 (1962), 77 f.; der Erstbehörde werde die Kompetenz, anderweitig zu entscheiden, genommen; die bindende Weisung nehme dagegen der angewiesenen Behörde nicht die Kompetenz.

162) In dieser Allgemeinheit etwa Stich, DVBl. 1963, 193 (194).

163) Vgl. oben S. 8 ff. und die Nachweise unter Anm. 37).

164) H.M., z.B. BVerwGE 16, 116 (125); 26, 31 (46); 28, 145 (147); BVerwG, U. v. 26.9.1969, DVBl. 1970, 282; OVG Berlin, U. v. 21.1.1959, DVBl. 1959, 514 (517); OVG Koblenz, U. v. 12.12.1963, DVBl. 1964, 538; Heinze, VerwArch. 52 (1961), 275 (276 ff.) u. DÖV 1967, 33 (38); Haug, JuS 1965, 134 (136); Achterberg, DÖV 1971, 397 (406).

scheid der Erstbehörde verhindern können.<sup>165)</sup> Die Differenzierung von Menger,<sup>166)</sup> der Erstbehörde werde die Kompetenz genommen, entgegen der Ansicht der Zweitbehörde zu entscheiden, der angewiesenen Behörde dagegen nicht, vermag nicht zu überzeugen. Auch die angewiesene Behörde hat im Innenverhältnis nicht die Kompetenz, entgegen der Weisung zu entscheiden. Hingegen hat sie ebenso wie die Erstbehörde die Kompetenz, nach außen einen selbständigen Verwaltungsakt zu erlassen. Die gegenteilige Ansicht stülpt in unzulässiger Weise das Innenverhältnis der Verwaltung nach außen.<sup>167)</sup>

Es kann den Mitwirkungsakten auch nicht eine Tatbestandswirkung im eigentlichen Sinne zugesprochen werden.<sup>168)</sup> Eine solche besitzen Maßnahmen, die - unbeschadet der etwaigen selbständigen Anfechtbarkeit - von Dritten, Verwaltungsbehörden wie Gerichten, als unabänderlich hingenommen werden müssen.<sup>169)</sup> Charakteristisch für sie ist, daß sie isoliert bereits sinnvoll sind, was bei den Mitwirkungsakten nicht der Fall ist: Das Einverständnis allein ist bedeutungslos; erst im Zusammenwirken mit der Erstbehörde wird es relevant.

#### e) förmliches Gesetz

Es wurde die Ansicht vertreten, der Umstand, daß die Mitwirkung in einem förmlichen Gesetz und nicht in einer Verwaltungsanordnung geregelt sei, spreche gegen die Annahme eines Verwaltungsinternums, da verwaltungsinterne Anordnungen ihrer Natur nach nicht in förmlichen Gesetzen geregelt seien.<sup>170)</sup>

Das ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig.<sup>171)</sup> Der Verwaltungsaktsbegriff als eine verbindliche Einzelfallregelung mit unmittelbarer Außenwir-

165) Vgl. oben S. 11 ff.

166) Vgl. oben S. 31, Anm. 161).

167) So Heinze, DÖV 1967, 33 (38); vgl. auch Achterberg, DÖV 1971, 397 (405 f.), der zutreffend zwischen interner Bindung und Verbindlichkeit nach außen unterscheidet.

168) So BVerwG, U. v. 28.5.1963, I C 99.59, BayVBl. 1964, 49 (50).

169) Allgemein zur Tatbestandswirkung im üblichen Sinn z.B.: Forsthoff, S. 101; Wolff II, S. 92 f.; Hoffmann-Becking, DÖV 1972, 196 (201).

170) OVG Münster, U. v. 27.3.1962, DVBl. 1962, 492 (493), zu § 9 Abs. 2 FStrG.

171) Schütz, NJW 1963, 2150; Scheerbarth, Das allgemeine Bauordnungsrecht, S. 384.

kung ist den einzelnen Gesetzen vorgegeben, die sich dessen bedienen können, aber nicht dazu gezwungen sind. Konsequenterweise müßten sonst unverbindliche Mitwirkungsakte<sup>172)</sup> und aufsichtliche Weisungen ebenfalls Verwaltungsakte sein, da auch sie in förmlichen Gesetzen geregelt sind. Richtigerweise ist die Tatsache, daß eine den Bürger betreffende Maßnahme gesetzlich geregelt ist, ein Indiz für deren Verwaltungsaktsqualität,<sup>173)</sup> das aber allein nicht entscheidend ist. Bei den hier interessierenden Mitwirkungsfällen kann es die Erkenntnis, daß die Mitwirkungsakte dem Innenverhältnis der Verwaltung zuzurechnen sind, nicht aus den Angeln heben.

Abgesehen davon liegt es näher, den Zweck der gesetzlichen Regelung darin zu sehen, daß dadurch die Belange der Mitwirkungsbehörde, deren Interessen durch die Entscheidung der Erstbehörde berührt werden können, sichergestellt werden sollen.<sup>174)</sup> Die förmliche Regelung dient danach nicht dem Interesse des betroffenen Bürgers, sondern dem Interesse der Zweitebehörde.

#### f) Rechtssatz

Obermayer<sup>175)</sup> unterscheidet, ob die Mitwirkung auf einem Rechtssatz oder einer Organisationsnorm beruht. Im ersten Fall sei sie Verwaltungsakt, im zweiten Internum. Dabei sei Rechtssatz nicht das gleiche wie förmliches Gesetz, das beide Arten von Normen enthalten könne. Insoweit unterscheidet sich diese Ansicht von der vorhin Erörterten. Unter Organisationsnorm sei eine Vorschrift zu verstehen, die Rechte und Pflichten zwischen den Organen der öffentlichen Gewalt verankere, die Rechtsnorm bestimme das rechtliche Verhältnis zwischen der öffentlichen Gewalt und der von ihr betroffenen Person. Die auf einer Rechtsnorm beruhende Mitwirkung wirke unmittelbar nach außen.<sup>176)</sup>

172) Beispiele oben S. 2.

173) Obermayer, DVBl. 1958, 140; Heinze, DÖV 1967, 33 (41 f.).

174) So Groebe, DVBl. 1959, 757 (759).

175) Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, S. 132; DVBl. 1958, 140 ff.; ähnlich Friauf, DVBl. 1961, 666 (668) und Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721 (723 f.), die allerdings noch weitere Erfordernisse für das Vorliegen eines Verwaltungsaktes aufstellen.

176) Unter Anwendung dieser Grundsätze hält Obermayer die Zustimmung nach § 9 Abs. 2 FStrG für einen VA (DVBl. 1958, 140), dagegen die Zustimmung der obersten Landesbehörde zur Erteilung eines Wandergewerbescheins nach § 57 Abs. 4 GewO a.F. für ein Internum (VA u. innerdienstlicher Rechtsakt, S. 133).

Diese Auffassung siedelt also den Mitwirkungsakt im Außenverhältnis der Verwaltung an. Gerade das ist nach dem schon Gesagten nicht richtig. Einvernehmen und Zustimmung haben für sich dem Bürger gegenüber keinerlei Bedeutung. Für ihn werden sie erst im Rahmen des Bescheides der Erstbehörde rechtlich relevant, da die Zweitbehörde ihm gegenüber keine Verfügung trifft. Unter diesen Umständen wird durch die Mitwirkungsbehörde zwischen öffentlicher Gewalt und Bürger kein rechtliches Verhältnis unmittelbar bestimmt. Eine mittelbare Regelung, wie sie statt dessen vorliegt, ergibt keinen Verwaltungsakt. Damit erweist sich die Unterscheidung zwischen Rechtssatz und Organisationsnorm für die hier zur Debatte stehenden Mitwirkungsfälle als ungeeignetes Beurteilungskriterium.

#### g) Zuständigkeit

Das Bundesverwaltungsgericht versuchte in der Entscheidung vom 10.7.1958<sup>177)</sup> mit der Zuständigkeit der Zweitbehörde zu operieren und stellte dabei folgenden "berühmten" Satz auf:

"Bindet das Gesetz eine Behörde bei dem Erlass eines Verwaltungsaktes an die Zustimmung einer anderen Behörde und hat dieses Mitwirkungsrecht derart selbständige Bedeutung, daß der Behörde, der das Widerspruchsrecht eingeräumt ist, die ausschließliche Wahrnehmung bestimmter Aufgaben und die alleinige Geltendmachung besonderer Gesichtspunkte übertragen ist, so mag<sup>178)</sup> sich auch die EntschlieÙung der mitwirkungsberechtigten Behörde als selbständig anfechtbarer Verwaltungsakt darstellen."

Dieser Gedanke wurde von verschiedenen Gerichten und Literaturstimmen aufgegriffen und die Verwaltungsaktsqualität einiger Mitwirkungsakte damit begründet.<sup>179)</sup> Das Bundesverwaltungsgericht selbst kam jedoch

---

177) NJW 1959, 590.

178) Hervorhebung nicht durch das BVerwG.

179) OVG Hamburg, U. v. 28.8.1958, MDR 1959, 522 f.; OVG Münster, U. v. 27.3.1962, DVBl. 1962, 492 (493); OVG Rheinl.-Pfalz, U. v. 3.11.1960, DÖV 1961, 117 (118); - sämtliche zu § 9 Abs. 2 FStrG -; Obermayer, DVBl. 1958, 140 (141), der wegen der alleinigen Zuständigkeit der Zweitbehörde dann die betreffende Norm (§ 9 Abs. 2 FStrG) als Rechtssatz ansieht - vgl. S. 33 -; Mang, BayVBl. 1959, 82 f. (§ 9 Abs. 2 FStrG); Jung, NJW 1962, 617 (620) (Einvernehmen und Zustimmung gemäß § 36 BBauG); Schuegraf, DVBl. 1961, 654 (655 f.) (Einvernehmen der Gemeinde im BBauG), ebenso NJW 1961, 1956 f. und NJW 1966, 177 (180); ganz generell Schunck-De Clerk, VwGO, § 42, Anm. 2 a) jj).

kaum mehr darauf zurück. Nachdem es in der Entscheidung vom 10.7.1958 dahingestellt sein ließ, ob die angedeutete Folgerung zwingend ist (vgl. das "mag"), hat das Gericht auch im Urteil vom 8.7.1964<sup>180)</sup> sich mit der Feststellung begnügt, der Zweitbehörde seien keine Gesichtspunkte zur ausschließlichen Prüfung übertragen. In den grundlegenden Entscheidungen zum Baugenehmigungsverfahren<sup>181)</sup> wird auf das Zuständigkeitsargument überhaupt nicht eingegangen; vielleicht hielt das Gericht es nicht mehr für ein taugliches Kriterium.<sup>182)</sup> Das Urteil vom 19.1.1967<sup>183)</sup> geht nochmals darauf ein und stellt durch Betonung des "mag" klar, daß der zitierte Satz keine starre Regel sein soll. Maßgebend sei vielmehr stets die gesetzliche Ausgestaltung und der dahinterstehende Sinn.

Nur ein einziges Mal - soweit ersichtlich - hat das Bundesverwaltungsgericht, in der Entscheidung vom 23.1.1961,<sup>184)</sup> der Zweitbehörde die ausschließliche Wahrnehmung bestimmter Aufgaben zugestanden und den Mitwirkungsakt für einen Verwaltungsakt gehalten. Es ging dabei um folgendes: Nach dem 2. Gesetz über den Bundesgrenzschutz (vom 30.5.1956) wurden die Vollzugsbeamten des Bundesgrenzschutzes einen Monat nach Inkrafttreten des Gesetzes eo ipso Soldaten. Laut § 2 Abs. 3 Nr. 3 sollte das nicht gelten, d.h. das Dienstverhältnis des Soldaten sollte nicht begründet werden, wenn der Personalgutachterausschuß für die Streitkräfte der Übernahme gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 des Personalgutachterausschuß-Gesetzes vom 23.7.1955 innerhalb einer bestimmten Frist widersprach. Der Widerspruch wurde dabei nicht dem Betroffenen, sondern dem Bundesminister für Verteidigung gegenüber erklärt. Der Bundesminister des Innern gab dann die Entscheidung dem Betroffenen bekannt. Dieser Widerspruch wurde vom Bun-

---

180) BVerwGE 19, 94 (100) - zu § 4 Abs. 3 Jugendschutzgesetz.

181) BVerwGE 16, 116; 22, 342; 28, 145.

182) Was Schuegraf, DVBl. 1966, 900 (901) zu der Bemerkung veranlaßte, es sei unverständlich, warum das BVerwG den viel diskutierten Satz überhaupt geprägt habe. Ausdrücklich verneinen die Zuständigkeit der Zweitbehörde in diesem Sinn, wobei z.T. entgegen dem BVerwG der Satz als starre Regel aufgefaßt wird: OVG Koblenz, U. v. 12.12.1963, DVBl. 1964, 538 u. 540 (541) - § 36 Abs. 1 S. 1 bzw. S. 2 BBauG; Pietzonka, NJW 1961, 1425 (1427 f.); Schrödter, DVBl. 1962, 743 (745); Heitzer-Oestreicher, BBauG, § 36, Anm. 3 - jeweils Gemeinde und höh. Verwaltungsbehörde im BBauG; Zinkahn-Bielenberg, BBauG, § 36, Rdn. 16 a.E. - Gemeinde.

183) BVerwGE 26, 31 (40).

184) BVerwGE 12, 20.

des Verwaltungsgericht als Verwaltungsakt angesehen.<sup>185)</sup>

Dem ist zuzustimmen. Dem Widerspruch des Personalgutachterausschusses kommt unmittelbare Außenwirkung zu. Er unterscheidet sich nämlich wesentlich von den "klassischen" Mitwirkungsfällen. Bei diesen wird immer zuerst die Erstbehörde tätig, die, soweit das Einverständnis der Zweitbehörde erforderlich ist, eine Art "Vorprüfung" des Falles vornimmt. Nur falls sie eine den Bürger begünstigende Verfügung erlassen will, tritt sie mit der Mitwirkungsbehörde zwecks Einholung der Zustimmung in Verbindung.<sup>186)</sup> Beide Behörden haben ihren materiellen Beitrag zur Entscheidung des Falles zu geben. Beim Widerspruch des Personalgutachterausschusses war das anders. Hier hatten die beiden Bundesminister als "Erstbehörden" keinerlei Prüfungs- oder Entscheidungsmöglichkeit. Der Personalgutachterausschuß konnte aus eigener Initiative die Übernahme des Vollzugsbeamten ablehnen. Eine beabsichtigte positive Entscheidung der Erstbehörde, zu der die Zustimmung der Zweitbehörde hinzuzutreten hätte, fehlte, da das vom Bürger begehrte Ziel - das sonst die Erstbehörde gewährt, z.B. die Baugenehmigung - von Gesetzes wegen eintrat und vom Personalgutachterausschuß lediglich verhindert werden konnte. Daher ging dessen Widerspruch über das Innenverhältnis der Verwaltung hinaus und wirkte unmittelbar nach außen. Der Bundesminister des Innern als mitteilende Behörde war lediglich Bote. Aufgrund dieser Sachlage hatte der Personalgutachterausschuß nicht nur bestimmte Aufgaben wahrzunehmen und besondere Gesichtspunkte geltend zu machen, sondern sogar die alleinige Entscheidung zu treffen. Eine Aufgabenverteilung, wie sie der zitierte Satz des Bundesverwaltungsgerichts vom 10.7.1958 voraussetzt und wie sie typisch für die "normalen" Mitwirkungsfälle ist, lag hier gar nicht vor. Jene Zuständigkeitsregel begründet also zum einen das Ergebnis der Entscheidung vom

---

185) Wobei offengelassen wurde, wie - abgesehen vom vorliegenden Fall - sonst die Beschlüsse des Personalgutachterausschusses zu qualifizieren sind. Für Internum: Obermayer, DVBl. 1956, 674 ff.; für Verwaltungsakt: LVG Köln, U. v. 25.2.1958, ZBR 1958, 206 ff. m. zust. Anm. v. Ule (S. 209 ff.).

Die Mitwirkung des Bundes- bzw. Landespersonalausschusses bei beamtenrechtlichen Entscheidungen wird gemeinhin als Internum angesehen, vgl. die S. 18, Anm. 87, 88 zitierten Entscheidungen des BVerwG sowie Fischbach, BBG, § 98, Anm. II; Plog-Wiedow, BBG, vor § 95, Rdn. 3.

186) Vgl. das oben S. 7 ff. geschilderte Verfahren.

23.1.1961 nicht erschöpfend, zum andern ist sie für die Mitwirkungsfälle der hier zu erörternden Art zur Beurteilung der Rechtsqualität ungeeignet.<sup>187)</sup> Insbesondere die Tatsache, daß die Erstbehörde ohne Beteiligung der Zweitbehörde eine negative Entscheidung treffen kann, und zwar auch aus Gründen, um derentwillen die Mitwirkung besteht, zeigt, daß bereits ex definitione der Zweitbehörde keine Aufgaben zur alleinigen Wahrnehmung übertragen sind.<sup>188)</sup> Wenn sie lediglich einer fremden Entscheidung zustimmt oder sich damit einverstanden erklärt, ist ihr keine alleinige Geltendmachung besonderer Gesichtspunkte übertragen. Es ist daher verständlich, wenn das Bundesverwaltungsgericht auf das Zuständigkeitsargument meist nicht mehr eingegangen ist.

#### h) Selbständigkeit und Selbstverantwortlichkeit

Auch dies sind keine Kriterien zur Beurteilung der Rechtsnatur eines Mitwirkungsaktes, wie Heinze<sup>189)</sup> dargetan hat. Ein Zweitakt ist gleichzeitig selbständig, soweit die Mitwirkungsbehörde eigene Rechte geltend machen kann, und unselbständig, soweit er vom Erstakt abhängig ist. Eine Verantwortlichkeit von Behörden nach außen gibt es nur im Sinne einer formalen Zuständigkeit, nicht im Sinne eines Einstehenmüssens wie im Zivil- und Strafrecht.<sup>190)</sup>

#### i) Besondere Argumente für einzelne Fälle

Die bisher angeführten Kriterien ließen sich generell auf sämtliche Mitwirkungsakte, für die die "negative Bindung" charakteristisch ist, anwenden. Es gibt aber daneben noch Argumente, die nur für einzelne Mitwirkungsfälle oder Gruppen gelten.

##### aa) materieller Anspruch

Es handelt sich hier um eine vom Bundesverwaltungsgericht bei der Mitwirkung im Baurecht entwickelte Betrachtungsweise, die in allen ein-

---

187) Heinze, VerwArch. 52 (1961), 275 (279).

188) Heitzer-Oestreicher, BBauG, § 36, Anm. 3.

189) DÖV 1967, 33 (38).

190) Vgl. oben S. 10.

schlägigen Grundsatzentscheidungen als maßgeblich angewandt wurde.<sup>191)</sup> Das Gericht ging davon aus, daß der Bauwerber bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen einen einheitlichen materiellen Anspruch auf die Baugenehmigung hat.<sup>192)</sup> Dieser unteilbare baurechtliche Anspruch könne nach dem Gesetz in einem einzigen Baugenehmigungsverfahren geltend gemacht und in einem einzigen Gerichtsverfahren durchgesetzt werden. Wären die erforderlichen Einverständnisse der Zweitbehörde selbständige Verwaltungsakte, würde sich dieser aus der Baufreiheit sich ergebende unteilbare Anspruch in mehrere Teilansprüche aufspalten, was eine Komplizierung nicht nur des formellen, sondern auch des materiellen Rechts ergäbe. Ein derartiger Wille des Gesetzgebers könne nicht ohne zwingenden Grund angenommen werden. Die Zweitbehörde (hier die oberste Landesstraßenbaubehörde nach § 9 Abs. 2 FStrG) habe zwar über gewisse Tatbestandsvoraussetzungen des baurechtlichen Anspruchs zu befinden; diese Befugnis stehe ihr aber nur im Verhältnis zur Erstbehörde zu. Eine Entscheidung gegenüber dem Bauwilligen dürfe demnach nur die Baugenehmigungsbehörde treffen, da über einen unteilbaren Anspruch auch nur einheitlich von einer Behörde entschieden werden könne.

Dem kann zugestimmt werden, zumal es im Einklang mit den bisherigen Ergebnissen steht. Es läßt sich auch nicht entgegenhalten, der Bürger habe nicht nur einen materiellen Anspruch auf die Baugenehmigung, sondern auch Anspruch darauf, daß sein Antrag verfahrensmäßig richtig behandelt werde.<sup>193)</sup> Das ist zwar richtig, zwingt jedoch nicht dazu, den Mitwirkungsakt für einen Verwaltungsakt anzusehen: Bei Verfahrensfehlern kann die Baugenehmigung insgesamt rechtswidrig sein und der Bauwerber kann es im Klageweg geltend machen, so daß wirksame Sanktionen gegen die Verletzung des formellen Rechts vorhanden sind, auch wenn der Zweitakt Interim ist.

---

191) Grundlegend die beiden Entscheidungen vom 28.5.1963, BVerwGE 16, 116 (120 ff.) und BayVBl. 1964, 49 ff.; weitere Anwendung der aufgestellten Grundsätze in BVerwGE 21, 354 (355); 22, 342 (345); 28, 145 (147 f.).

192) Zur verfassungsrechtlichen Begründung dieser These vgl. die Besprechung von BVerwGE 16, 116 bei Haug, JuS 1965, 134 (137 f.).

193) So Menger, VerwArch. 55 (1964), 177 f., der zu diesem Ergebnis mit der Konstruktion des formellen Verwaltungsaktes kommt, dazu oben S. 25 f.

Freilich darf die vielleicht etwas einseitige Betrachtungsweise des Bundesverwaltungsgerichts nicht überschätzt werden.<sup>194)</sup> Sie versagt dort, wo kein Anspruch des Bürgers auf eine bestimmte Entscheidung besteht, was bei allen Ermessensentscheidungen der Fall ist, die es auch bei der Mitwirkung im BBauG gibt - z.B. § 31 Abs. 2 BBauG.<sup>195)</sup> Da aber eine Gleichbehandlung von Rechts- und Ermessensakten, die sich äußerlich in gleicher Weise darstellen, wünschenswert ist, muß den Argumenten, die sich auf alle Mitwirkungsfälle anwenden lassen, die größere Beweiskraft zugerechnet werden. Immerhin bestätigt der Gedankengang mit dem materiellen Anspruch die bisher gefundenen, für sich schon eindeutigen Ergebnisse.

#### bb) Zweitakt als Ermessensentscheidung

Die Betrachtungsweise des Bundesverwaltungsgerichts, die den materiellen Anspruch so sehr in den Vordergrund rückt, legt den Gegenschluß nahe, daß die Mitwirkungsakte anders zu behandeln sind, also Verwaltungsakte sein könnten, falls sie Ermessensentscheidungen darstellen.<sup>196)</sup> Die genannten Urteile ließen das offen.<sup>197)</sup> Speziell bei der Mitwirkung der Gemeinde im Bundesbaugesetz wurde gesagt, die durch Art. 28 Abs. 2 GG garantierte Planungshoheit der Gemeinde werde bei Ausnahmebewilligungen, die Ermessensakte sind, viel stärker berührt als durch die lediglich feststellende Baugenehmigung, weshalb beachtliche Gründe dafür sprächen, dem Einvernehmen der Gemeinde im Ermessensbereich die Eigenschaft eines selbständigen Verwaltungsaktes zuzuerkennen.<sup>198)</sup>

Die Mitwirkungsakte verschieden zu qualifizieren, je nachdem ob es sich um Rechts- oder Ermessensakte handelt, geht jedoch nicht an. Derar-

194) Fickert, DÖV 1964, 661 rügt an der Entscheidung BVerwGE 16, 116 nicht ganz zu Unrecht, daß sie jegliche Auseinandersetzung mit Rechtsprechung und Literatur vermissen lasse.

195) Anspruch in diesem Sinn ist nicht der Anspruch auf fehlerfreien Ermessensgebrauch.

196) Im BBauG wohl nur §§ 14 Abs. 2, 31 Abs. 2; im einzelnen streitig, vgl. Meyer-Stich-Tittel, BBauG, § 36, Rdn. 7; Schrödter, BBauG, § 36, Rdn. 9; Heitzer-Oestreicher, BBauG, § 35, Anm. 3.

197) Im unveröffentlichten Beschluß vom 10.4.1967, IV B 61.66, hat das BVerwG das Einvernehmen der Gemeinde in § 31 Abs. 2 BBauG als Internum angesehen - vgl. dazu Zinkahn-Bielenberg, BBauG, § 31, Rdn. 77.

198) So OVG Lüneburg, U. v. 6.7.1962, DVBl. 1962, 757 (760), ohne abschließend zu entscheiden. Ähnlich hält Schrödter, BBauG, § 36, Rdn. 9 a.E. dies für vertretbar; anders ders. in DVBl. 1962, 743 (749): Auch im Ermessensbereich Einv. Internum; so auch Zinkahn-Bielenberg, BBauG, § 36, Rdn. 18.

tige Differenzierungen werden auch sonst, in anderen Rechtsgebieten, nicht vorgenommen. Es ist kein Kriterium für den Verwaltungsaktsbegriff, welches sachliche Gewicht eine Entscheidung hat, ob sie lediglich feststellt oder gestaltet. Das Verhalten der Mitwirkungsbehörde und ihr Verhältnis zur Erstbehörde erfährt nach den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften bei Ermessensakten keine Änderung gegenüber Rechtsentscheidungen. Das Verfahren läuft in gleicher Weise ab, der an den Bürger ergehende Bescheid sieht nicht anders aus. Die gleichen Gründe sprechen auch bei Ermessensakten dafür, daß die Mitwirkung im Innenbereich der Verwaltung verbleibt,<sup>199)</sup> die Bindung der Erstbehörde, die ja auch bei Rechtsakten besteht, spricht ebenso wenig wie dort dagegen. Eine unterschiedliche Behandlung läßt sich demnach nicht rechtfertigen. Die Beachtung planungshoheitlicher Gesichtspunkte ist im übrigen durch die Bindungswirkung des gemeindlichen Einvernehmens genügend gewahrt.

cc) zu § 9 Abs. 2 FStrG

Bei der Zustimmung der obersten Landesstraßenbaubehörde nach § 9 Abs. 2 FStrG wurde der verwaltungsinterne Charakter auch mit dem Gegenschluß aus § 9 Abs. 5 FStrG begründet.<sup>200)</sup> Nach dieser Vorschrift hat die oberste Landesstraßenbaubehörde selbst das Vorhaben zu genehmigen, falls eine Baugenehmigung nicht erforderlich ist. Die Zweitbehörde wird hier zur nach außen entscheidenden Behörde, sie erläßt einen Verwaltungsakt. Das Verfahren unterscheidet sich wesentlich von dem nach § 9 Abs. 2, so daß der Umkehrschluß gerechtfertigt ist.<sup>201)</sup>

Gemäß § 9 Abs. 8 FStrG kann die oberste Landesstraßenbaubehörde im Einzelfall Ausnahmen u. a. von Abs. 2 zulassen. Diese Ausnahmebewilligung spielt sich wie das Zustimmungsverfahren nach § 9 Abs. 2 FStrG ab. Die

---

199) Vgl. oben S. 29 f.

200) BVerwGE 16, 116 (123 f.); OVG Lüneburg, U. v. 10.1.1957, DVBl. 1958, 138 (139); Grobe, DVBl. 1959, 757 (760 f.); Marschall, FStrG, § 9, Rdn. 3.3 a.E.

201) Dagegen ist die Auffassung von Böhm, DÖV 1958, 72 (74) u. Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721 (729 f.), die den Verwaltungsaktscharakter der Genehmigung nach § 9 Abs. 5 FStrG auf § 9 Abs. 2 überträgt, unzutreffend.

oberste Landesstraßenbaubehörde bleibt Zweitbehörde gegenüber der Baugenehmigungsbehörde. Sie kann sich lediglich unter den Voraussetzungen des Abs. 8 über die Hinderungsgründe des Abs. 3 hinwegsetzen. Dabei wird sie rechtsgestaltend tätig im Gegensatz zur reinen Rechtsanwendung gemäß Abs. 2 i. V. m. Abs. 3. Aus diesem Grund wird die Zulassung der Ausnahme als Verwaltungsakt angesehen.<sup>202)</sup>

Das scheint in Widerspruch zu stehen mit der gewonnenen Erkenntnis, daß die Mitwirkung bei den Ausnahmegewilligungen gemäß §§ 14 Abs. 2, 31 Abs. 2 BBauG, die ebenfalls rechtsgestaltend wirken, im verwaltungsinternen Bereich verbleibt.<sup>203)</sup> Zwischen diesen und § 9 Abs. 8 FStrG bestehen aber Unterschiede. Bei ersteren haben beide Behörden gemeinsam nach ihrem Ermessen über die Ausnahmegewilligung zu entscheiden, bei § 9 Abs. 8 FStrG nur die oberste Landesstraßenbaubehörde. Deren Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis reicht über die der Baugenehmigungsbehörde hinaus. Nur die oberste Landesstraßenbaubehörde hat zu erwägen, ob die in § 9 Abs. 8 normierten Voraussetzungen erfüllt sind und zu entscheiden, ob die Ausnahme zu gewähren ist. Der Baugenehmigungsbehörde steht insoweit, wie die Fassung der Vorschrift klar ergibt, keinerlei Entscheidungsbefugnis zu. Das "Mitwirkungsverfahren" wird dadurch zu einem gesonderten, bei der obersten Landesstraßenbaubehörde anhängigen Verfahren.<sup>203 a)</sup> Dieser wurde damit "die ausschließliche Wahrnehmung bestimmter Aufgaben und die alleinige Geltendmachung besonderer Gesichtspunkte" übertragen. Das ist aber gar kein Fall des behördlichen Zusammenwirkens mehr, da die "Erstbehörde" auf die zu treffende Entscheidung keinen sachlichen Einfluß hat. Sie ist lediglich formal als Botin beteiligt, welche die Entscheidung dem Bürger bekannt zu geben hat.<sup>204)</sup> Der Bescheid der obersten Landesstraßenbaubehörde wirkt aus diesen Gründen gemäß § 9 Abs. 8 FStrG unmittelbar nach außen und wird zum Verwaltungsakt. Die unterschiedliche Behandlung

---

202) BVerwGE 16, 301 (303) unter Hinweis darauf, daß im Gegensatz zu Abs. 2 kein Rechtsanspruch besteht; vgl. ferner Hess. VGH, U. v. 28.9.1960, ESVGH 10, 129 u. Obermayer, DVBl. 1958, 140 (141 f.), die beide Entscheidungen, gemäß Abs. 2 u. 8, als VAe ansehen.

203) Vgl. oben S. 39 ff. unter bb).

203a) BVerwG, U.v. 24.11.1971, DÖV 1972, 640 (641).

204) Es liegt hier im Ergebnis ebenso wie beim Widerspruch des Personalgutachterausschusses für die Streitkräfte gegen die Übernahme von Bundesgrenzschutzbeamten in das Soldatenverhältnis, vgl. S. 36 f.

im Vergleich zu den §§ 14 Abs. 2, 31 Abs. 2 BBauG ist gerechtfertigt.<sup>205)</sup>

#### dd) historische Auslegung

Auch die Entstehungsgeschichte einzelner Mitwirkungsvorschriften läßt zuweilen darauf schließen, daß der Gesetzgeber den Zweitakt als verwaltungsinternen Vorgang ansah. Als Beispiel sei nur kurz auf das Einvernehmen der Gemeinde nach § 36 BBauG hingewiesen. Die Materialien ergeben, daß eine Aufspaltung des Genehmigungsverfahrens in ein bauordnungsrechtliches bei der Baugenehmigungsbehörde und in ein städtebauliches bei der Gemeinde vermieden werden sollte. Die Rechtsmittelbelehrung durch die Gemeinde, die § 36 ursprünglich vorsah, wurde wieder gestrichen und so zum Ausdruck gebracht, daß es der Baugenehmigungsbehörde zukomme, auch den Einvernehmensakt der Gemeinde nach außen im Verhältnis zum Bauwerber zu vertreten.<sup>206)</sup>

#### Zusammenfassung:

Gesetzeswortlaut, Ausgestaltung des Verfahrens, rechtliche Beziehungen im Dreieck: Erstbehörde - Zweitbehörde - Bürger sprechen dafür, daß die Mitwirkungsakte keine unmittelbare Außenwirkung besitzen und deshalb verwaltungsinterne Vorgänge sind. Weitere Kriterien wie die Bindungswirkung des Zweitaktes, die Regelung der Mitwirkung in einem förmlichen Gesetz, die Unterscheidung von Rechtssatz und Organisationsnorm, die ausschließliche Zuständigkeit der Zweitbehörde erwiesen sich als ungeeignet, stichhaltige Schlüsse auf die Rechtsnatur der Mitwirkungsakte zu erlauben. Besondere Kriterien in Einzelfällen wie der im Baurecht bestehende strikte Rechtsanspruch oder die Entstehungsgeschichte einzelner Vorschriften bestätigen das Ergebnis. Es besteht schließlich kein sachlicher Grund dafür, Mitwirkungsakte anders zu behandeln, wenn der Zweitbehörde ein Ermessen eingeräumt ist.

---

205) So auch Schrödter, BBauG, § 36, Rdn. 9; a.A. - auch Genehmigung nach § 9 Abs. 8 FStrG Internum -: Schütz-Frohberg, BBauG, Einl. 6, S. 16 f.; Bachof, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht, Bd. II, S. 317 f.

206) Näheres zur Entstehungsgeschichte mit weiteren Nachweisen z.B. Meyer-Stich-Tittel, BBauG, § 36, Rdn. 2; Meyer in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. II, S. 229 (244); Schrödter, DVBl. 1962, 743 (749).

## 2. Vereinbarkeit der Klassifizierung als Internum mit sonstigen (übergeordneten) Prinzipien

Mit der Feststellung, daß die Mitwirkungsakte aus dogmatischen Gründen keine Verwaltungsakte sind, soll es noch nicht sein Bewenden haben. Es sei noch die Frage gestellt, ob das gefundene Ergebnis mit einigen - zum Teil übergeordneten - Grundsätzen vereinbar ist, deren Beachtung geboten oder zumindest wünschenswert ist.

### a) Rechtsschutz

Es wurde die Ansicht vertreten, daß der Rechtsschutz des Bürgers nicht sichergestellt und Art. 19 Abs. 4 GG verletzt sei, wenn man die Einverständniserklärungen nicht als Verwaltungsakte ansehe. Denn wegen der Bindungswirkung des Zweitaktes könne die Erstbehörde bei fehlender Zustimmung nicht zum Erlaß der Verfügung verpflichtet werden, da sie andernfalls zu einer unmöglichen Leistung verurteilt würde.<sup>207)</sup>

Aus Rechtsschutzgründen muß die Mitwirkung aber kein selbständiger Verwaltungsakt sein.<sup>208)</sup> Die herrschende Meinung, die Mitwirkungsakte als Interna ansieht, hat eine durchaus praktikable Lösung entwickelt, die den Rechtsschutz in der Regel sicherstellt.<sup>209)</sup> Danach ist das Verwaltungsgericht nicht wie die Erstbehörde an die verweigerte Zustimmung gebunden. Es hat im Prozeß gegen die Erstbehörde auch über die Rechtswidrigkeit der Mitwirkung zu befinden und falls die Zustimmung nach dem Gesetz zu erteilen ist, kann die Erstbehörde zum Erlaß des Verwaltungsaktes verpflichtet werden, ohne daß die Zweitbehörde noch ihr Placet geben müßte.

---

207) OVG Münster, U. v. 8.9.1953, NJW 1954, 526 (528); OVG Berlin, U. v. 8.7.1954, DVBl. 1954, 743 (744); OVG Rheinl.-Pfalz, U. v. 3.11.1960, DÖV 1961, 117 (118); Stich, DVBl. 1963, 193 (197 f.); Menger, Verw.-Arch. 55 (1964), 179.

208) Durchweg von Anhängern der verwaltungsinternen Natur vertreten, z. B. BVerwGE 28, 145 (147); OVG Koblenz, U. v. 12.12.1963, DVBl. 1964, 538 (539); Heinze, DÖV 1962, 834 (837).

209) Dazu unten S. 55 ff. Anders aber bei Ermessensakten der Zweitbehörde; nach diesseitiger Ansicht ist hier aus Rechtsschutzgründen eine selbständige Leistungsklage zur Erzwingung des Zweitaktes zu gewähren; vgl. unten S. 62 ff. u. S. 80 ff.

Abgesehen davon ist zumindest seit der Herrschaft der Verwaltungsgerichtsordnung die enge Verknüpfung des Verwaltungsaktsbegriffes mit dem Rechtsschutzgedanken nicht mehr notwendig. Es ist zwar richtig, daß lange Zeit Rechtsschutz im Bereich des Verwaltungsrechts von der Existenz eines Verwaltungsaktes abhängig war und der Verwaltungsakt infolgedessen als Zweckschöpfung zur Ermöglichung von Rechtsschutz verstanden wurde.<sup>210)</sup> Die Verwaltungsgerichtsordnung eröffnet den Verwaltungsrechtsweg jedoch in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten,<sup>211)</sup> ohne die Klage vom Vorliegen eines Verwaltungsaktes abhängig zu machen.<sup>212)</sup> Der Verwaltungsaktsbegriff hat unter diesen Umständen im prozessualen Bereich nur Bedeutung für die Frage der Klageart, da Anfechtungs- und Verpflichtungsklage Verwaltungsakte voraussetzen. Wo keine solche im Spiel sind, aber dennoch Rechte des Bürgers verletzt sein können, greift nach herrschender Ansicht die allgemeine Leistungsklage ein.

Auch aus diesem Grunde braucht somit heute nicht mehr jede Amtshandlung, gegen die dem Bürger Rechtsschutz gewährt werden muß, als Verwaltungsakt angesehen zu werden. Gerade weil der Klageweg nicht vom Vorliegen eines Verwaltungsaktes abhängt, kann man bei der Klassifizierung von Verwaltungsakten nach rein dogmatischen Gesichtspunkten vorgehen und Billigkeitserwägungen beiseite lassen. Der Rechtsschutzgedanke ist daher kein Hindernis, die Mitwirkungsakte als verwaltungsinterne Vorgänge anzusehen.

#### b) Einheit der Staatsverwaltung

Gelegentlich wurde aus rechtsstaatlichen Erwägungen der Grundsatz der Einheit der Staatsverwaltung abgeleitet.<sup>213)</sup> Es sei eine Sozialforderung des Rechtsstaates, die Beziehungen zum Bürger übersichtlich zu ordnen.

---

210) Vgl. Fleiner, Institutionen des Dt. Verwaltungsrechts, S. 248, 253; Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 313 ff.; Forsthoff, S. 189; neuerer Beitrag hierzu z.B. Frotzcher, DÖV 1971, 259 ff.

211) So die Generalklausel des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO.

212) Was Schweickhardt, DÖV 1965, 795 ff. zu dem provokativen Satz veranlaßt: "Die Zeit ist reif, den hergebrachten Begriff des VAes über Bord zu werden."

213) OVG Berlin, U. v. 21.1.1959, DVBl. 1959, 514 (517); Groebe, DVBl. 1959, 757 (760).

Auf die Mitwirkungsfälle angewandt bedeutet dies, daß der Staat dem Bürger gegenüber nur in einer einzigen Behörde aufzutreten habe, mögen auch Überlegungen mehrerer Stellen zur Entscheidung beigetragen haben.

Als strikte Regel dürfte der Grundsatz nicht anzusehen sein. Denn die Beziehungen des Staates zum Bürger können auch dann übersichtlich bleiben, wenn in der gleichen Sache zwei Verwaltungsakte ergehen, die jeweils gesonderte Gesichtspunkte zum Gegenstand haben. Die Übersichtlichkeit für den Bürger wird hier von der praktischen Durchführung im Einzelfall abhängen. Rechtsstaatliche Erwägungen stehen daher der Annahme von zwei Verwaltungsakten nicht entgegen. Man kann unter diesem Aspekt ohne weiteres der Meinung sein, das Gesetz ordne bei den Mitwirkungsfällen an, daß die Verwaltung gerade nicht als Einheit tätig werde.<sup>214)</sup> Das ist fraglich - wenn auch aus anderen Gründen als wegen des Grundsatzes der Einheit der Verwaltung - unrichtig.

Dieser stellt richtigerweise eine nur im Zweifel Bedeutung gewinnenden Auslegungsregel dar.<sup>215)</sup> Auch dann wird die Auffassung von der internen Natur der Mitwirkungsakte bestätigt.

### c) Praktikabilität und Prozeßökonomie

Sind Einvernehmen und Zustimmung verwaltungsinterne Vorgänge, so entspricht das viel eher den Gesichtspunkten der Praktikabilität und Prozeßökonomie,<sup>216)</sup> als wenn man der Gegenansicht folgte.

Da nur der Bescheid der Erstbehörde ein Verwaltungsakt ist, ist nur dieser mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen und zuzustellen. Der Betroffene braucht im Streitfall in der Regel<sup>217)</sup> nur gegen eine Behörde bzw. Körperschaft zu klagen.<sup>218)</sup>

Sowohl Bürger als auch öffentliche Hand tragen bei einem Prozeß nur

---

214) Friauf, DÖV 1961, 666 (673).

215) So Schuegraf, NJW 1966, 177 (179).

216) In diesem Sinne BVerwG, U.v. 14.12.1966, BayVBl. 1968, 24; OVG Koblenz, U.v. 12.12.1963, DVBl. 1964, 540 (542); Kratzer, BayVBl. 1958, 74 (75), BayVBl. 1959, 90 u. BayVBl. 1964, 254 (256); Schuegraf, NJW 1966, 177 (179).

217) Zur Ausnahme unten S. 67 ff. u. 4. Kap., S. 80 ff.

218) Der Gegenansicht hilft die Möglichkeit der Klagehäufung - § 44 VwGO - nur, wenn Erst- und Zweitbehörde "denselben Beklagten" darstellen, d.h. sie der gleichen Körperschaft angehören und nur diese, nicht die Behörden, beteiligtenfähig ist.

einmal das Kostenrisiko. Freilich ist es - worauf Friauf<sup>219)</sup> besonders hinweist - unbillig, wenn die Erstbehörde sich lediglich durch die ablehnende Haltung der Zweitbehörde am Erlaß des Verwaltungsaktes gehindert sieht und dann in einem Rechtsstreit kostenpflichtig verurteilt wird, obwohl sie von Anfang an zur Erteilung der Genehmigung bereit gewesen wäre. Dem steht aber das in allen Fällen geringere Risiko des Bürgers gegenüber, nur einen Prozeß verlieren zu können.<sup>220)</sup> Im Zweifel wird man dieses über fiskalische Interessen stellen müssen, zumal man an einen Ausgleichsanspruch der Erstbehörde gegen die Zweitbehörde, die jene gewissermaßen zum Prozeß gezwungen hat, denken kann.

Bei zwei verschiedenen Prozessen bestünde auch die Gefahr divergierender Entscheidungen, wenn nach den Regeln der örtlichen Zuständigkeit (§ 52 VwGO) zwei verschiedene Gerichte für die Klagen zuständig wären.<sup>221)</sup> Dadurch könnte der Rechtsstreit unnötig kompliziert und in die Länge gezogen werden. Ein Beispiel: Beide Behörden verhalten sich ablehnend; der Bürger hätte also zwei Verpflichtungsklagen zu erheben. Wie liegt es nun, wenn bei der Klage gegen die Erstbehörde das Gericht zum Ergebnis kommt, nach den von dieser Behörde zu prüfenden Gesichtspunkten (im Baugenehmigungsverfahren: das Bauordnungsrecht) stünde dem Erlaß eines begünstigenden Verwaltungsaktes nichts entgegen? Zu dessen Erlaß könnte die Erstbehörde dennoch nicht verurteilt werden, da die nach dem Gesetz erforderliche Zustimmung fehlt und diese nicht Gegenstand dieses Prozesses ist, also auch nicht durch das Urteil ersetzt werden kann. Soll das Gericht die Erstbehörde etwa verpflichten, die Genehmigung zu erteilen, falls auch die Zweitbehörde zustimmt,<sup>222)</sup> oder soll es den Rechtsstreit bis zur Erteilung der Zustimmung, die vielleicht durch einen zweiten Prozeß erzwungen werden müßte, aussetzen und erst dann entscheiden? Die Schwierigkeiten könnten ins Unerträgliche steigen, wenn in einer Sache mehr als zwei Behörden

---

219) DÖV 1961, 666 (675).

220) Ausnahmsweise kann die Kostenbelastung des Bürgers allerdings bei selbständiger Anfechtbarkeit des Mitwirkungsaktes geringer sein - dazu Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721 (727).

221) Abhilfe könnte aber § 53 Abs. 1 Nr. 3 VwGO schaffen, wonach das nächsthöhere Gericht auf Antrag des Klägers für beide Klagen ein Gericht für zuständig erklären kann - vgl. dazu Friauf, DÖV 1961, 666 (675).

222) Ein derartiges Urteil kennt die VwGO aber nicht, so Schütz-Frohberg, BBauG, Einl. 6, S. 15.

mitzuwirken haben.<sup>223)</sup> Derartige Probleme stellen sich nicht, wenn nur ein einziger Rechtsstreit stattfindet, in dem auch die Mitwirkungsfragen geklärt werden.<sup>224)</sup>

Die herrschende Meinung führt also zu für die Praxis wesentlich günstigeren Konsequenzen. Allerdings ist es richtig, daß "die Gesichtspunkte der Verwaltungsvereinfachung und Verwaltungspraxis kaum Erkenntniswert für die Rechtsauslegung und Rechtsfindung beanspruchen können".<sup>225)</sup> Daher ist es bedenklich, praktische Gesichtspunkte unmittelbar zum Beweis für die interne Natur der Mitwirkungsakte heranzuziehen.<sup>226)</sup>

Aber es sei nochmals festgestellt, daß Einvernehmen und Zustimmung aus rein dogmatischen Gründen - also bei Außerachtlassung der gezeigten praktischen Auswirkungen - verwaltungsinterne Vorgänge sind. Daß sich das in der Praxis wesentlich günstiger als bei der Gegenansicht auswirkt, kann nur erfreulich sein.

#### Zusammenfassung:

Sind die Mitwirkungsakte Verwaltungsinterna, so ist der Rechtsschutz des Bürgers sichergestellt, die Staatsverwaltung wird nach außen hin als Einheit tätig, Praktikabilität und Prozeßökonomie werden in befriedigender Weise verwirklicht.

---

223) Vgl. das Beispiel bei Schneider, DÖV 1965, 513 (514), wo sieben (!) Behörden zusammenwirken.

224) Weitere praktische Konsequenzen für das Verwaltungsstreitverfahren am Beispiel des Zusammenwirkens von Baugenehmigungsbehörde und Gemeinde bei Schütz-Frohberg, aaO.

225) Stich, DVBl. 1963, 193 (198); zustimmend Fickert, DVBl. 1964, 173 (181).

226) Wie das besonders Kratzer, BayVBl. 1958, 74 (75), BayVBl. 1959, 90 u. BayVBl. 1964, 254 (256) tut.

## B. Die Mitwirkung in Ausnahmefällen

### 1. Verwaltungsakt "expressis verbis"

Die bisherigen Überlegungen behandelten die Mitwirkung im Regelfall, d.h. es wurde davon ausgegangen, daß sich die Zweitbehörde verhält, wie im Gesetz vorgesehen, sie also ihre Erklärungen allein der Erstbehörde gegenüber abgibt und in keinerlei Beziehungen zum Betroffenen tritt. Nun kann es vorkommen, daß die mitwirkende Behörde über diese ihre Befugnisse hinausgeht und sich dem Antragsteller gegenüber so verhält, als wäre sie zu einer selbständigen Entscheidung befugt. Ein derartiges Verhalten, das den Anspruch erhebt, die Rechte des Bürgers verbindlich zu regeln, besitzt unmittelbare Außenwirkung, was zur Folge hat, daß die Mitwirkungsentscheidung zum Verwaltungsakt wird.<sup>227)</sup> Daß die Behörde dabei ihre Befugnisse überschreitet, hat lediglich Bedeutung für die Rechtmäßigkeit der Maßnahme, auf deren Rechtsnatur hat das keinen Einfluß. Denn für die Frage, ob überhaupt ein Verwaltungsakt vorliegt, kommt es nicht auf das Vorhandensein einer gesetzlichen Grundlage an.<sup>228)</sup> Derartige Verwaltungsakte, die vom Gesetz nicht vorgesehen sind, die aber nach ihrem ausdrücklichen Inhalt unmittelbare Geltung beanspruchen, lassen sich mit Heinze<sup>229)</sup> Verwaltungsakte "expressis verbis" nennen.

Schwierigkeiten kann die Frage bereiten, wann im einzelnen ein derartiger Verwaltungsakt "expressis verbis" vorliegt. Sicher nicht schon dann, wenn die Zweitbehörde in der gesetzmäßigen Weise ihre Zustimmung gegen-

---

227) So die h.M., die Mitwirkungsakte sonst für Interna hält, z.B. BVerwGE 16, 116 (127); 21, 354 (356); OVG Koblenz, U. v.12.12.1963, DVBl. 1964, 538 (540); VGH Mannheim, U. v.23.3.1966, DVBl. 1967, 205; Marschall, FStrG, § 9, Rdn. 3.3; vgl. auch Anm. 229.

228) Daß das keine so gesicherte Erkenntnis ist, wie man meinen möchte, zeigt ein rechtskräftiges Urteil des VG München v. 23.11.1970 (nicht zu einem Mitwirkungsfall), wonach jeder VA einer gesetzlichen Grundlage bedürfe - soweit noch richtig -; fehle eine solche, liege aber kein VA vor, die Behörde begeben sich dann ins Gleichordnungsverhältnis (!). Ausführliche Besprechung dieses Urteils (abl.) bei Wächtler, BayVBl. 1972, 258 ff.

229) VerwArch. 52 (1961), 275 (280 f.) u. DÖV 1967, 33 (40 f.).

über der Erstbehörde erklärt und dies dann dem Antragsteller mitteilt. Denn die Adressierung allein macht aus einer verwaltungsinternen Maßnahme keinen Verwaltungsakt.<sup>230)</sup> Solches Verhalten will lediglich Kenntnis einer bereits geschehenen Maßnahme verschaffen, nicht aber selbst eine Maßnahme mit Rechtswirkung treffen. Die Mitwirkungsbehörde muß vielmehr erkennen lassen, daß der Mitwirkungsakt nicht nur zum Endergebnis des behördlichen Zusammenwirkens beitragen, sondern bereits unmittelbar in die Rechtsposition des Bürgers eingreifen will. Dabei kommt es nicht allein auf den Willen der Behörde an; die rechtliche Außenwirkung muß sich vor allem aus dem Inhalt der Maßnahme ergeben, wie sie sich bei objektiver Betrachtungsweise darstellt.<sup>231)</sup> Hierbei wird auch deren Form zu berücksichtigen sein.<sup>232)</sup>

Die Anwendung dieser abstrakten Kriterien kann im Einzelfall trotzdem zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen, da Übergänge zwischen einer eindeutigen Regelung mit Außenwirkung und der Kundgabe einer innerbehördlichen Maßnahme möglich sind. Ein deutliches Indiz dafür, daß die Zweitbehörde einen Verwaltungsakt gesetzt hat, ist es, wenn sie ihrer Mitteilung eine Rechtsmittelbelehrung beigegeben hat.<sup>233)</sup> Dann sprechen Wille der Behörde und äußere Gestaltung des Bescheides dafür, daß sie einen Einzelfall unmittelbar regeln wollte.

Zur Verdeutlichung einige konkrete Fallgestaltungen: Ein Verwaltungsakt wird stets dann vorliegen, wenn die Zweitbehörde überhaupt nur gegenüber dem Betroffenen tätig wird. Die Gemeinde, die an den Bauwerber einen Bescheid erläßt, in dem unter Angabe von Gründen das Einvernehmen mit der beantragten Baugenehmigung abgelehnt wird und dem eine Rechtsmittelbelehrung beigelegt ist, der Baugenehmigungsbehörde gegenüber aber überhaupt nicht tätig wird, erläßt einen Verwaltungsakt. Auch ohne Rechtsmit-

---

230) Vgl. Forsthoff, S. 197.

231) OVG Koblenz, U.v. 12.12.1963, DVBl. 1964, 540.

232) In diesem Sinne BVerwGE 16, 116 (127) unter Zustimmung von Menger, VerwArch. 55 (1964), 181; ablehnend Körner, NJW 1964, 120 f. Vgl. in diesem Zusammenhang das unter dem Stichwort des "formellen VAes" (was nicht im Sinne Mengers - vgl. oben S. 25 f. - gemeint ist) diskutierte Problem, ob der äußere Anschein einer Maßnahme deren Verwaltungsaktsqualität begründen kann; zusammenfassend z.B. Borchert, NJW 1972, 854 f. Antwort: nein.

233) Vgl. OVG Koblenz, U.v. 12.12.1963, DVBl. 1964, 540; Schneider, DÖV 1965, 513 (517).

telbelehrung wird ein solcher Bescheid noch Verwaltungsakt sein, da der Inhalt der Maßnahme bei objektiver Betrachtungsweise als Regelung mit unmittelbarer Außenwirkung aufzufassen ist, wofür die Rechtsmittelbelehrung nicht begriffsnotwendig ist. Erläßt die Gemeinde den Bescheid in der beschriebenen Art, mit oder ohne Rechtsmittelbelehrung, und bringt die Ablehnung zusätzlich, vor allem hinterher, auch zur Kenntnis der Baugenehmigungsbehörde, wird sich daran noch nichts ändern. Die Gemeinde wird hier zweimal tätig: Sie erläßt für den Antragsteller einen Verwaltungsakt und gibt daneben an die Erstbehörde eine verwaltungsinterne Erklärung ab. Zweifelhaft wird es dagegen, wenn die Gemeinde ihre Entscheidung zuerst der Baugenehmigungsbehörde bekannt gibt, wenn der an den Bürger gerichtete Bescheid keine Gründe enthält oder wenn er auf die interne Erklärung Bezug nimmt. Dann könnte nämlich auch nur eine Bekanntgabe der behördeninternen Erklärung vorliegen. Hier wird man in der Regel - wie stets in Zweifelsfällen - das entscheidende Gewicht auf die etwa vorhandene Rechtsmittelbelehrung legen müssen.

Freilich kann das Vorliegen eines Verwaltungsaktes der Zweitbehörde dem Bürger einen großen Nachteil bringen. Er muß, um dessen Bestandskraft zu verhindern, Klage gegen die Zweitbehörde erheben. Er bekommt damit aber noch nicht die beantragte Genehmigung, auf die es ihm im Ergebnis allein ankommt. Eine Klage nur gegen die Erstbehörde, die sonst genügt, reicht jedoch nicht aus, da in diesem Verfahren das bestandskräftig verweigerte Einverständnis der Mitwirkungsbehörde ein unüberwindliches Hindernis wäre. Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über die Inzidentprüfung der Mitwirkung im Rahmen des Prozesses gegen die Erstbehörde<sup>234)</sup> gelten nicht, wenn die Zweitbehörde einen selbständigen Verwaltungsakt setzt. Der Betroffene muß daher, wenn beide Behörden sich weigern, in seinem Sinne tätig zu werden, zweimal klagen.

Wegen dieser praktischen Unbilligkeit ein nach dogmatischen Gesichtspunkten als Verwaltungsakt anzusehendes Gebilde in ein Produkt ganz ande-

---

234) Vgl. oben S. 43 und unten S. 55 ff.

rer Rechtsqualität umzudeuten, geht jedoch nicht an.<sup>235)</sup> Ob eine Maßnahme Verwaltungsakt ist, hat sich allein danach zu richten, ob sie unmittelbare Rechtswirkung besitzt. Reine Billigkeitserwägungen verwässern den Verwaltungsaktsbegriff in unerträglicher Weise,<sup>236)</sup> wobei wiederum die Rechtssicherheit leidet, also bei Vermeidung der einen unerwünschten Konsequenz sich eine andere auf tut.

Ein gerechter Ausgleich läßt sich auch auf andere Weise herbeiführen: Die Zweitbehörde, die durch ihr fehlerhaftes Verhalten dem Bürger ein doppeltes Prozeßrisiko aufzwingt, hat die ihm dadurch entstehenden Mehraufwendungen zu ersetzen.<sup>237)</sup>

## 2. Verwaltungsakt "ipso iure"

Unter Verwaltungsakten "ipso iure"<sup>238)</sup> sind solche Maßnahmen zu verstehen, denen die Rechtsordnung ohne Rücksicht auf ihren materiellen Gehalt unmittelbare rechtliche Außenwirkung verleiht. Es kommt dann nicht darauf an, ob die üblichen Kriterien des Verwaltungsaktsbegriffes erfüllt sind. Maßgebend ist einzig der Spruch der Rechtsordnung, meist eines förmlichen Gesetzes, der eine Maßnahme zum Verwaltungsakt macht. Auch die Unterscheidung von Innen- und Außenverhältnis der Verwaltung wird dabei überflüssig.<sup>239)</sup>

Auch Mitwirkungsakte können auf diese Weise zu Verwaltungsakten werden. Kriterium ist das Bestehen eines subjektiven öffentlichen Rechtes auf Vornahme oder Unterlassung eines bestimmten Mitwirkungsaktes, das vorhanden ist, wenn die Mitwirkung primär und überwiegend dem Interesse des Einzelnen dienen soll.<sup>240)</sup> Indiz dafür wird es sein, wenn das Gesetz den selbständigen Klageweg gegen den Mitwirkungsakt eröffnet.

Derartige Mitwirkungsakte als Verwaltungsakte sind selten. Die Mitwirkungen im Baurecht dienen nicht primär dem Interesse des Betroffenen. Ein Verwaltungsakt "ipso iure" war Gegenstand der Entscheidung des Bayer.

235) So aber Zinkahn-Bielenberg, BBauG, § 36, Rdn. 17, die das gegenüber dem Bauherrn in einem besonderen Bescheid erteilte oder verweigerte Einvernehmen der Gemeinde nicht als VA ansehen; dem Bauwerber sei aber freigestellt, dennoch gegen die Gemeinde zu klagen.

236) Vgl. dazu oben S. 26 f.

237) Näheres unten S. 109.

238) Der Begriff stammt von Heinze, VerwArch. 52 (1961), 275 (280, 283 f.).

239) Heinze, DÖV 1967, 33 (41).

240) Heinze, VerwArch. 52 (1961), 275 (283).

VGH vom 29.2.1960.<sup>241)</sup> Es ging um die Verfügung der Regierung zur Einleitung des Umlegungsverfahrens nach Art. 17 Abs. 2 des Bayerischen Gesetzes über die Erschließung von Baugelände vom 4.7.1923. Das Gericht kam zum Ergebnis, daß nach dem Sinn des Gesetzes, das ausdrücklich die förmliche Beschwerde eröffnete (1923!), Anfechtungsklage zulässig sei und sah die Maßnahme als Verwaltungsakt an. Um einen Verwaltungsakt "ipso iure" handelt es sich auch beim Gutachten der Rechtsanwaltskammer nach den §§ 8 Abs. 2, 9 der Bundesrechtsanwaltsordnung, das die Landesjustizverwaltung bei der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft einzuholen hat und gegen welches das Gesetz in § 9 Abs. 2 der Bundesrechtsanwaltsordnung den Antrag auf gerichtliche Entscheidung dem Betroffenen zur Verfügung stellt.<sup>242)</sup>

---

241) VerwRspr. 12 (1960), 721; dazu Heinze, DÖV 1967, 33 (41).

242) Es handelt sich dabei um die Nachfolgebestimmung von § 12 RAnwO für die Brit. Zone, wo sich das BVerwG zum ersten Mal mit einer Mitwirkungsvorschrift zu befassen hatte (BVerwGE 1, 169 u. 2, 95). Das BVerwG sah das Gutachten, das im Gegensatz zur heutigen Rechtslage nicht ausdrücklich anfechtbar war, als verwaltungsinternen Vorgang an.

### 3. Kapitel:

## Prozessuale Behandlung der Mitwirkung im Rahmen der Klage gegen den Erstakt

### I. Klagegegner

Aus der verwaltungsinternen Natur der Mitwirkungsakte<sup>243)</sup> ergibt sich als erste prozeßrechtliche Konsequenz, daß nur die Erstbehörde, die allein einen Verwaltungsakt erläßt, beziehungsweise die Körperschaft, der sie angehört,<sup>244)</sup> zu verklagen ist.<sup>245)</sup> Falls ein Verwaltungsakt angefochten oder begehrt wird, kommt es für die Prozeßführung nur auf die ihn erlassende Behörde an; interne Beteiligungen schaffen dem Bürger keine zusätzlichen Klagegegner.

Das kann dazu führen, daß die Erstbehörde gegen ihren Willen in einen Prozeß gezogen wird: Wegen der Bindungswirkung des Zweitaktes muß sie, falls dieser negativ ausfällt, den Bürger bekanntlich ebenfalls negativ verabschieden. Widerspricht das ihrer eigenen Ansicht, hält sie gar das Verhalten der Zweitbehörde für rechtswidrig, es ändert nichts daran, daß der Betroffene allein die Erstbehörde zu verklagen hat, die auf diese Weise entgegen ihrer eigenen Auffassung den Rechtsstreit führen muß.<sup>246)</sup>

Das wird zuweilen als grob unbillig empfunden. Der Bürger müsse gegen eine Behörde klagen, bei der er praktisch "offene Türen einrennen". Dieselbe müsse etwas gegen ihre eigene Überzeugung vertreten und bei Unterliegen auch noch die Kosten tragen.<sup>247)</sup> Es fehle ihr zum Geltendmachen

---

243) Welche prozeßrechtlichen Konsequenzen sich ergeben, wenn der Zweitakt ausnahmsweise VA ist - vgl. oben S. 48 ff. -, ist unten S. 106 ff. dargestellt.

244) § 78 Abs. 1 VwGO. Wenn im Folgenden lediglich von der Klage gegen die Erstbehörde oder deren prozessualer Beteiligung die Rede ist, so gilt das stillschweigend unter Beachtung dieser Vorschrift, d.h. es sind damit die Klagen sowohl gegen die Körperschaft als auch gegen die Behörde selbst - § 78 Abs. 1 Ziff. 2 VwGO - gemeint.

245) Gerade das ist das erstrebte Ziel der h.M.; vgl. z.B. BVerwGE 26, 31 (46); VGH Bad.-Württ., U.v. 13.1.1964, DÖV 1964, 751.

246) So z.B. Heinze, DÖV 1967, 33 (44) mit weiteren Nachweisen.

247) Fickert, DVBl. 1964, 173 (182).

der die Entscheidung der Zweitbehörde tragenden Gesichtspunkte die erforderliche Sachkunde. Schließlich verstoße es gegen die verfassungsmäßige Kompetenzverteilung, wenn eine Behörde gezwungen werde, vor dem Verwaltungsgericht eine Entscheidung zu vertreten, von deren Gesetzmäßigkeit sie selbst nicht überzeugt ist.<sup>248)</sup>

Diese Bedenken können jedoch nicht überzeugen. Sie entspringen ebenso wie die Meinung, daß hinter der Entscheidung eines Staatsorgans dessen selbständiger und eigenverantwortlicher Wille stehen müsse und daher die Erstbehörde nicht strikt an die ablehnende Haltung der Zweitbehörde gebunden sein könne,<sup>249)</sup> Verantwortlichkeitsvorstellungen, die im Bereich der Verwaltungsorganisation nichts zu suchen haben. Eine Verwaltungsbehörde ist für die von ihr erlassenen Verwaltungsakte nicht "verantwortlich".<sup>250)</sup> Sie ist keine Rechtsperson, sondern unselbständiger Teil der Körperschaft, der sie zugehört. Sie übt keine eigene Hoheitsgewalt aus, sondern solche der Körperschaft. Diese - meist der Staat - besteht eben nicht aus einzelnen eigenständigen und eigenverantwortlichen Gebilden, sondern bildet nach außen, dem Bürger gegenüber, eine Einheit. Die Behörde ist nur Ausführungsorgan des Staates oder der sonstigen juristischen Person des öffentlichen Rechts, die als komplexe Gebilde nicht selbst handlungsfähig sind. Da die einzelne Behörde somit nicht für sich selbst handelt, gibt es keinen Grundsatz verfassungsmäßiger Kompetenzverteilung derart, daß jede Behörde nur das vor Gericht zu vertreten habe, was ihrer Auffassung von Rechtmäßigkeit entspricht. Das ganze System hierarchischer Abhängigkeit im Bereich der Exekutive würde durchlöchert, wenn eine Behörde stets nur nach ihrer eigenen Überzeugung zu handeln brauchte. Zum Einwand, der Erstbehörde könne durch das Verhalten der Zweitbehörde das Risiko des Unterliegens im Prozeß und damit die Kostentragung aufgebürdet werden, wurde das Nötige schon gesagt.<sup>251)</sup> Als Ergebnis bleibt somit festzuhalten, daß es im Bereich des Behördenhandelns nur eine äußere Zuständigkeit, nicht eine innere Zurechnung von Verhaltensweisen gibt.

---

248) Friauf, DÖV 1961, 666 (673); Jung, NJW 1962, 617 (620).

249) Vgl. oben S. 8.

250) Heinze, VerwArch. 52 (1961), 275 (297); vgl. auch oben S. 10.

251) Oben S. 46.

Das entspricht auch der Vorstellung des Gesetzgebers, der im Grundsatz die juristische Person des öffentlichen Rechts als Klagegegner ansieht, die einzelne Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat, nur ausnahmsweise bei einer ausdrücklichen Anordnung des Landesrechts.<sup>252)</sup> Letztere kann auch nur durch ausdrücklichen Spruch des Landesrechts die Beteiligtenfähigkeit erlangen.<sup>253)</sup> Ferner gibt es - entgegen Friauf<sup>254)</sup> - keine dahingehende Regel, daß die den Verwaltungsakt erlassende Behörde, wenn nicht als Beteiligte, so doch als Vertreterin ihrer Körperschaft den Rechtsstreit vor Gericht verfolgen müsse. Das bestimmt sich vielmehr nach besonderen organisationsrechtlichen Vorschriften der betreffenden Körperschaft, Gesetzen oder eigenen Vertretungsverordnungen.<sup>255)</sup> Die Vertretung eines Landes oder von Landesbehörden kann sogar generell einem Dritten, dem Vertreter des öffentlichen Interesses, übertragen werden.<sup>256)</sup>

Daran zeigt sich, daß der Gesetzgeber zwischen der Zuständigkeit zum Verwaltungshandeln und der Zuständigkeit zum Betreiben eines Rechtsstreits unterscheidet und keineswegs auf ein Zusammenfallen der beiden Zuständigkeiten zwingendes Gewicht legt. Konsequenterweise muß dann auch in Kauf genommen werden, daß eine Behörde gegen die eigene Auffassung die Entscheidung einer anderen Behörde vor Gericht zu vertreten hat.

## II. Umfang der Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis des Gerichts

1. Sachdienliche Klageart für den Bürger, der eine Baugenehmigung oder eine sonstige Bewilligung begehrt, ist die Verpflichtungsklage.<sup>257)</sup> Gegenstand dieses Rechtsstreits ist der erstrebte Verwaltungsakt in seiner

252) § 78 Abs. 1 Ziff. 1 u. 2 VwGO.

253) § 61 Ziff. 3 VwGO.

254) DÖV 1961, 66 (673).

255) Näheres dazu z.B. bei Redeker-von Oertzen, VwGO, § 78, Rdn. 4.

256) § 36 Abs. 1 VwGO. Das ist z.B. in Bayern durch § 5 der VO über den Vertreter des öff. Interesses v. 23.3.1960 geschehen.

257) Die Anfechtungsklage kommt, auch wenn ein Ablehnungsbescheid vorhanden ist, für den eine Begünstigung Begehrenden nicht in Betracht - vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO, § 42, Rdn. 10 -, wohl aber für einen Dritten (Nachbarn), der sich gegen die erteilte Genehmigung wehren will; dazu unten S. 78 ff.

Gesamtheit, wie er durch das Zusammenwirken der Behörden entsteht, nicht etwa nur der isolierte materielle Beitrag der Erstbehörde. Das Verwaltungsgericht prüft also die Rechtslage umfassend, d.h. auch, soweit die Mitwirkungshandlung in Frage steht. Die interne Mitwirkung ist für das Gericht, das nicht wie die Erstbehörde an die Verweigerung der Zustimmung gebunden ist, bedeutungslos. Dieses prüft daher in dem gegen die Erstbehörde gerichteten Prozeß auch, ob das Einverständnis erteilt werden muß. Das gilt auch dann, wenn der begehrte Verwaltungsakt von der Erstbehörde nur deshalb abgelehnt wurde, weil die Zweitbehörde ihre Zustimmung versagt hat, und daher der Mitwirkungsakt praktisch der einzige Streitpunkt ist. Ist das Gericht der Auffassung, daß die Zustimmung erteilt werden muß und auch die übrigen Voraussetzungen für den Erlass des Verwaltungsaktes vorliegen, so wird es die Erstbehörde zu dessen Erlass verpflichten. Diese braucht dann nicht nochmals sich an die Zweitbehörde wenden, um deren Einverständnis zu erlangen. Sie kann und muß vielmehr jetzt den Verwaltungsakt ohne nochmalige Mitwirkung erlassen. Das Verwaltungsgerichtsurteil ersetzt die Zustimmung der Zweitbehörde.<sup>258)</sup>

## 2. Das wurde vielfach kritisiert.

a) Zunächst wurde behauptet, die für die Erstbehörde geltende Bindung an die verweigerte Zustimmung bestehe auch für das Verwaltungsgericht. Dieses könne sich über den Mitwirkungsakt nicht einfach hinwegsetzen. Es sei unerklärlich, weshalb zwar die Erstbehörde, nicht aber das Gericht an den rechtswidrigen Mitwirkungsakt gebunden sei.<sup>259)</sup>

Eine derartige Gleichschaltung verkennt die Unterschiede zwischen Rechtsprechung und Verwaltung. Die Behörden der hierarchisch geordneten Verwaltung bilden ein System von Abhängigkeiten und Bindungen, das zur Gewähr ordnungsgemäßer Tätigkeit und zur Vermeidung gegenseitiger Be-

---

258) So die Grundsätze der h.M.; BVerwG, 2 Urteile v. 28.5.1963, BVerwGE 16, 116 (126) u. BayVBl. 1964, 49 (50); BVerwGE 18, 333 (335); BVerwG, U.v. 19.11.1965, DVBl. 1966, 181; BVerwGE 26, 31 (42); 28, 145 (148); U.v. 26.9.1969, DVBl. 1970, 282 (283); BVerwGE 36, 188 (190); OVG Koblenz, 2 Urteile v. 12.12.1963, DVBl. 1964, 538 (539) u. 540 (542); Czermak, NJW 1963, 703 (704); Heinze, VerwArch. 52 (1961), 275 (299), DÖV 1962, 834 (837) u. DÖV 1967, 33 (45); Meiborg, DÖV 1968, 828 (830 f.); Eyermann-Fröhler, VwGO, § 42, Rdn. 56 a; Redeker-von Oertzen, VwGO, § 42, Anm. 58.

259) Stich, DVBl. 1963, 193 (197 f.); Fickert, DVBl. 1964, 173 (182) u. DÖV 1964, 661 (662 f.); Schrödter, DVBl. 1966, 182 (184).

hinderungen auch notwendig ist. Solche Bindungen müssen nicht auf die unmittelbar einander übergeordneten Behörden (z.B. Baugenehmigungsbehörde und höhere Verwaltungsbehörde) beschränkt sein; sie können auch beim Zusammenwirken von Behörden verschiedener Körperschaft (z.B. Baugenehmigungsbehörde und Gemeinde) sachdienlich sein. Die Gerichte üben eine Kontrolltätigkeit aus. Gegenstand dieser im Interesse des Bürgers bestehenden Kontrolle ist nur das Endergebnis der behördlichen Tätigkeit, mit dem der Bürger konfrontiert wird, der Verwaltungsakt. Dieser wird vom Gericht auf seine materielle Rechtmäßigkeit hin untersucht. Hält man sich das vor Augen, so erscheint es als selbstverständliche Folge dieser Funktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit, daß das Gericht nicht an Bestandteile oder vorbereitende Akte der zu prüfenden Verwaltungsmaßnahmen gebunden sein kann.<sup>260)</sup> Eine Bindung des Gerichts an interne Entschließungen der Verwaltung wäre auch mit der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG nicht vereinbar.<sup>261)</sup>

b) Eine in gleicher Weise für das Gericht wie für die Erstbehörde bestehende Bindung an den Mitwirkungsakt wird teilweise auf folgende Weise näher begründet: Das Gericht könne den Verwaltungsakt (der Erstbehörde) nur aufheben, wenn er rechtswidrig ist. Soweit die Erstbehörde aber nur deshalb einen ablehnenden Bescheid erläßt, weil die erforderliche Zustimmung der Zweitbehörde fehlt, verhalte sich die Erstbehörde, die dann ja keine andere Wahl hat als abzulehnen, dem Gesetz entsprechend. Der von ihr erlassene Verwaltungsakt sei daher rechtmäßig. Folglich könne das Gericht im Verfahren gegen die Erstbehörde den Mitwirkungsakt so wenig nachprüfen wie die Erstbehörde. Die Inzidentkontrolle der Gegenmeinung rechne die etwaige Rechtswidrigkeit des Zweitaktes der Erstbehörde zu, was gegen die gesetzliche Aufgabenverteilung verstoße.<sup>262)</sup>

---

260) So Heinze, DÖV 1967, 33 (35). Die andere Auffassung wäre aber sinnvoll, wenn man den Mitwirkungsakt als selbständigen VA ansieht, der dann Gegenstand eines gesonderten Verfahrens ist; sie wird auch meist von den VA-Anhängern vertreten.

261) Heinze, DÖV 1962, 834 (837).

262) VGH München, U.v. 5.7.1956, BayVBl. 1956, 313 (314); Friauf, DÖV 1961, 666 (673); Fickert, DÖV 1964, 661 (663).

Die Ansicht, der Verwaltungsakt der Erstbehörde sei rechtmäßig, wenn er lediglich auf der fehlerhaften Entschließung der Zweitbehörde beruhe, geht fehl. Hier macht sich wieder einmal die schon wiederholt abgelehnte Auffassung von einem behördlichen Verantwortungsbereich bemerkbar.<sup>263)</sup> Es geht im gerichtlichen Verfahren nicht um das rechtswidrige Verhalten der Erst- oder Zweitbehörde, sondern um die objektive Rechtswidrigkeit des endgültigen Verwaltungsaktes. Gegenstand des Rechtsstreits ist nicht die Kompetenz der beteiligten Behörden. Diese spielt lediglich mittelbar dadurch herein, daß der von einer unzuständigen Behörde erlassene Verwaltungsakt rechtswidrig ist. Nur in diesem Fall hat sich das Gericht auch mit der Zuständigkeit zu befassen. Dagegen bleiben interne Beteiligungen, um die es hier geht, für das Gericht außer Betracht. Bei der Inzidentkontrolle wird nicht das rechtswidrige Verhalten der Zweitbehörde der Erstbehörde zugerechnet, so daß diese es zu "vertreten" hätte, sondern das rechtswidrige Verhalten der Zweitbehörde führt dazu, daß der Verwaltungsakt rechtswidrig ist. Daß die Erstbehörde ihn vielleicht dennoch im Prozeß verteidigen muß, hat damit nichts zu tun. Das ist eine Folge der die Prozeßführung regelnden Vorschriften, die keineswegs an die Beteiligung beim Zustandekommen des Verwaltungsaktes anzuknüpfen brauchen.<sup>264)</sup> Auch die bindende Weisung kann dazu führen, daß eine Behörde einen Verwaltungsakt, der in Wahrheit rechtswidrig ist, erlassen und ihn eventuell noch vor Gericht verteidigen muß.<sup>265)</sup> Es ist also kein Widerspruch, wenn sich eine Behörde dem Gesetz entsprechend verhält und der von ihr erlassene Verwaltungsakt dennoch rechtswidrig ist. Derartige Konsequenzen liegen im Rahmen der geltenden Rechtsordnung.

c) Weiter wurde vorgebracht, es verstoße gegen das Prinzip der Gewaltenteilung und somit gegen rechtsstaatliche Grundsätze, wenn das Gericht im Rahmen des Prozesses gegen die Erstbehörde über den Mitwir-

---

263) Vgl. oben S. 10 u. S. 54.

264) Vgl. dazu oben S. 55.

265) Abgesehen von der Möglichkeit der Remonstration. Besteht die übergeordnete Behörde aber auf dem Erlaß der Verfügung, darf sich die weisungsgebundene Behörde nur bei wenigen Elementarverletzungen gegen die Rechtsordnung über die Weisung hinwegsetzen - näheres z.B. bei Wolff II, S. 460 (hier zur Stellung des einzelnen Beamten, wo es ähnlich liegt).

kungsakt mitentscheidet.<sup>266)</sup>

Auch dem ist wieder entgegenzuhalten, daß das Gericht nicht primär über die Einzelakte der beteiligten Behörden, sondern über den Anspruch des Bürgers auf den begehrten Verwaltungsakt zu entscheiden hat. Dieser in seiner Gesamtheit und ohne Rücksicht auf Teilentscheidungen während des vorbereitenden Verfahrens ist Gegenstand des Prozesses. Daß das Gericht über den Internakt einer beteiligten Behörde damit de facto mitentscheidet, ist eine mittelbare Folge, die nicht gegen das Gewaltenteilungsprinzip verstößt. Dieses verlangt zum einen wegen seiner Kontrollfunktion, wozu besonders die Judikative berufen ist, daß Maßnahmen der Exekutive in vollem Umfang gerichtlicher Überprüfung zugänglich sind, zum anderen, daß eine Gewalt nicht die ihr fremden Aufgaben einer anderen Gewalt wahrnimmt, konkret, daß das Gericht die strittige Verwaltungshandlung nicht selbst vornimmt.<sup>267)</sup> Gegen beide Postulate wird bei der Inzidentprüfung des Mitwirkungsaktes nicht verstoßen. Dagegen fordert das Gewaltenteilungsprinzip nicht, daß bei einem aus mehreren internen Entscheidungen zusammengesetzten Verwaltungsakt das Gericht über jeden Teilakt gesondert entscheiden müßte. Die Gewaltenteilung soll schließlich den Bürger vor staatlicher Willkür schützen. Dem genügt ein einziges gerichtliches Verfahren, in dem der mehrstufige Verwaltungsakt umfassend geprüft wird, vollkommen. Auch kann man nicht sagen, das Gericht übe Exekutivtätigkeit aus, weil sein Urteil den fehlenden Mitwirkungsakt ersetzt. Vielmehr ermächtigt das Urteil die Erstbehörde, den Verwaltungsakt ohne weitere Zustimmung zu erlassen. Nicht das Urteil ersetzt den Zweitakt, sondern das Urteil erlaubt der Erstbehörde, den Zweitakt zu ersetzen. Damit die Zweitbehörde dabei nicht einfach überfahren wird, kann sie zum Rechtsstreit beigezogen werden, um ihren Standpunkt geltend zu machen.<sup>268)</sup> Das Gewaltenteilungsprinzip wird auch dann nicht verletzt, wenn Erst- und Zweitbehörde ver-

---

266) Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721 (726); Fickert, DÖV 1964, 666 (662). BVerwGE 26, 31 (41) hält das Argument für den Fall, daß Erst- und Zweitbehörde verschiedenen Körperschaften angehören, für gewichtig, ohne aber endgültig zu entscheiden, weil es im konkreten Fall nicht darauf ankam.

267) Allgemein zur Gewaltenteilung z. B. v. Mangoldt-Klein, Das Bonner GG, Art. 20, Anm. V 5 b; Maunz-Dürig, GG, Art. 20, Rdn. 74 ff.; Wolff I, § 16.

268) Was regelmäßig in der Form der Beiladung geschieht, näheres dazu unten S. 66 ff.

schiedenen Körperschaften angehören. Denn der Erlaß des Verwaltungsaktes wird nach wie vor durch die Exekutive vorgenommen. Mehr verlangt das Gewaltenteilungsprinzip nicht.<sup>269)</sup>

d) Ferner wurde eingewendet, die Erstbehörde werde durch eine Verurteilung, die sich in der angegebenen Weise über das fehlende Einverständnis hinwegsetzt, zu einer unmöglichen Leistung verurteilt. Denn nach dem Gesetz könne der begehrte Verwaltungsakt nur erlassen werden, wenn das Einvernehmen oder die Zustimmung vorliegt. An das Gesetz sei aber auch das Gericht gebunden. Es könne daher die Erstbehörde nicht verpflichten, den Verwaltungsakt zu erlassen, ohne die vom Gesetz geforderte Zustimmung einzuholen. Ein derartiges Urteil müsse wirkungslos bleiben, wenn nicht auch die Zweitbehörde verurteilt werde.<sup>270)</sup>

In dieser vereinfachenden Weise läßt sich jedoch mit der Gesetzesbindung des Richters, die auch von der herrschenden Meinung nicht in Frage gestellt wird, nicht operieren. Eine strikte Gesetzesbindung des Gerichts besteht nur bei Rechtsnormen mit unmittelbarer Rechtswirkung, die keiner konkreten Umsetzung durch eine rechtsanwendende Stelle mehr bedürfen. Dazu gehören die Mitwirkungsvorschriften aber nicht. Sie müssen erst durch ein Handeln der Zweitbehörde, also eine Verwaltungsentscheidung, aktualisiert werden, bevor sie für den Bürger Bedeutung erlangen. Es geht somit genau genommen nicht um die Frage, ob das Gericht an das Gesetz, sondern darum, ob es an eine aufgrund des Gesetzes zustande gekommene Verwaltungsentscheidung gebunden ist. Die Antwort hängt von der Rechtsnatur dieser Verwaltungsentscheidung ab. Gehört sie dem verwaltungsinternen Bereich an, ist das Gericht nicht daran gebunden. Insoweit

---

269) Ähnlich Eyermann-Fröhler, VwGO, § 42, Rdn. 56 a.

Anders läge es aber, wenn man mit der Gegenansicht die Mitwirkungsentscheidung als VA ansähe. Denn ob ein Urteil die Erstbehörde ermächtigen kann, sich über den VA einer anderen Behörde hinwegzusetzen, ist wohl zu verneinen.

270) OVG Rheinl.-Pfalz, U.v. 3.11.1960, DÖV 1961, 117 (118); Friauf, DÖV 1961, 666 (674); Menger, VerwArch. 55 (1964), 175 (179). Auch Heinze, DÖV 1967, 33 (46), der im übrigen voll der h.M. - auch hinsichtlich der Inzidentprüfung - zustimmt, läßt diesen Einwand gelten und räumt ihn dadurch aus, daß das Urteil auch die Zweitbehörde zur Mitwirkung verpflichten müsse, obwohl es sich nur gegen die Erstbehörde richtet.

geht seine Prüfungs- und Entscheidungskompetenz weiter als die der Erstbehörde.<sup>271)</sup> Weil die Mitwirkung sich intern vollzieht, liegt es daher ebenso wie bei der bindenden Weisung, die doch auch das Gericht nicht hindert, die nach außen tätige Behörde entgegen der anderslautenden Weisung der übergeordneten Behörde zu verurteilen.<sup>272)</sup> Auch hier wird die weisungsgebundene Behörde durch den Richterspruch ermächtigt, sich über den Rechtssatz, daß Weisungen zu befolgen sind, hinwegzusetzen. Der Einwand, die Mitwirkungsakte seien mit der Weisung nicht vergleichbar, da letztere nicht rechtssatzmäßig postuliert sei,<sup>273)</sup> greift nicht durch.

e) Schließlich wurde die Auffassung vertreten, es sei zweifelhaft, ob der Spruch des Gerichts, die Zweitbehörde habe ihr Einverständnis rechtswidrig versagt, in Rechtskraft erwachsen könne, da Streitgegenstand nur die Behauptung, die Ablehnung des Verwaltungsaktes verletze den Kläger in seinen Rechten, sei.<sup>274)</sup>

Dem ist entgegenzuhalten, daß zur Beurteilung der Frage, ob der Kläger in seinen Rechten verletzt ist, alle den strittigen Verwaltungsakt betreffenden materiell- und verfahrensrechtlichen Vorschriften heranzuziehen sind.<sup>275)</sup> Soweit mehrere Behörden intern beteiligt sind, ist es irrelevant, welche Behörde was zur Entscheidung beigetragen hat, da das Gericht den im Außenverhältnis ergangenen Verwaltungsakt abschließend zu beurteilen hat. Ist dieser feststellend, gehört es zu den Tatbestandsvoraussetzungen des dem Bürger zustehenden Anspruchs, ob die Verweigerung des Einverständnisses rechtmäßig ist und deshalb dem Erlaß der Verfügung entgegensteht. Folglich darf darüber auch nicht in einem gesonderten Verfahren befunden werden.<sup>276)</sup> Da der gesamte Verwaltungsakt Gegenstand des Rechts-

---

271) BVerwGE 16, 116 (126) drückt das speziell gegen das Argument von der "unmöglichen Leistung" - vgl. Menger, VerwArch. 55 (1964), 175 (179) - gerichtet, so aus: Die Zustimmung stellt weder im Verhältnis zum Bürger noch im Verhältnis zur Erstbehörde eine Leistung der Zweitbehörde dar.

272) Vgl. Kratzer, BayVBl. 1964, 254 (256).

273) Fickert, DÖV 1964, 661 (662). "Rechtssatzmäßig" ist im Sinne Obermayers gemeint - vgl. oben S. 33 -. Dort wurde auch die Unbrauchbarkeit dieser Unterscheidung für den vorliegenden Gegenstand dargetan.

274) Menger, VerwArch. 58 (1967) 74 (76).

275) So Heinze, DÖV 1967, 33 (45).

276) BVerwGE 28, 145 (147 f.).

streits ist, kann der Umfang der Rechtskraft nicht geringer sein und sich nicht auf den materiellen Beitrag der Erstbehörde beschränken.

3. Die Bedenken gegen die Inzidentkontrolle der Mitwirkung im Rahmen des Prozesses gegen die Erstbehörde greifen somit nicht durch. Doch bestehen Zweifel aus einem ganz anderen Grund.

Jede gerichtlich Kontrolle ist Rechtskontrolle, Das bedeutet, daß der Rechtsstreit endgültig, d.h. durch Ausspruch einer konkreten Verpflichtung, einen bestimmten Bescheid zu erlassen - laut VwGO: Vornahmeurteil, § 113 Abs. 4 S. 1 -, nur entschieden wird, wenn der begehrte Verwaltungsakt (einschließlich der internen Mitwirkungsakte) eine Rechtsentscheidung ist. Dann besteht, falls die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, ein Anspruch des Betroffenen auf eine bestimmte Sachentscheidung.<sup>277)</sup>

Anders liegt es bei Ermessensentscheidungen.<sup>278)</sup> Dabei können die Fälle, bei denen nur eine einzige Ermessensentscheidung rechtmäßig ist, ausgeklammert werden. Bei ihnen besteht kein praktischer Unterschied zu den Rechtsentscheidungen. Das Gericht kann zu einer konkreten Sachentscheidung verurteilen. Wie aber steht es mit den echten Ermessensentscheidungen, wo mehrere Lösungen rechtmäßig sind? Die damit zusammenhängende Problematik wird in Rechtsprechung und Literatur meist nicht oder nur flüchtig behandelt, so daß von hinreichender Klärung nicht

---

277) Mitwirkungsakte die Rechtsentscheidungen darstellen, sind z.B. die baurechtlichen Entscheidungen nach den §§ 19 Abs. 4, 36 Abs. 1 S. 1 u. 2 BBauG, 9 Abs. 2 FStrG.

278) Z.B. die baurechtlichen Ausnahmegewilligungen nach §§ 14 Abs. 2, 31 BBauG, Art. 88 BayBauO. Dagegen ist die Entscheidung gemäß § 36 i.V.m. § 35 Abs. 2 BBauG laut BVerwGE 18, 247 aus verfassungsrechtlichen Gründen Rechtsentscheidung; str., dazu z.B. Heitzer-Oestreicher, BBauG, § 35, Anm. 3. Die Zustimmung der obersten Landesstraßenbaubehörde gemäß § 9 Abs. 2, 3 FStrG kann trotz Vorliegen der Versagungsgründe unter Auflagen erteilt werden, die im Ermessen der Zweitbehörde stehen. Eine Zustimmung unter Auflagen dürfte aber nur auf Initiative der obersten Landesstraßenbaubehörde in Betracht zu ziehen sein, andernfalls wird man die Zustimmung als strikte Rechtsentscheidung anzusehen haben, so daß die Inzidentprüfung voll zum Tragen kommt und sich entgegen Menger, VerwArch. 55 (1964), 175 (180) keine Bedenken gegen die Rechtsprechung des BVerwG ergeben. Ermessensentscheidung ist auch die Zustimmung des Bundesinnenministers zu Einbürgerungen nach § 3 der VO über die Staatsangehörigkeit v. 5.2.1934 - OVG Hamburg, U.v. 27.5.1960, DVBl. 1960, 643.

die Rede sein kann.<sup>279)</sup>

Durch Vornahmeurteil verpflichtet werden, den Verwaltungsakt zu erlassen, kann die Erstbehörde bei Ermessensentscheidungen nicht. Der Rechtsstreit kann vielmehr nur durch ein Bescheidungsurteil enden. Wie müßte dieses aber aussehen? Würde es entsprechend der bisher entwickelten Grundsätze allein die Erstbehörde verurteilen, den Kläger erneut zu bescheiden, so würde sich das Gericht in unzulässiger Weise über das der Zweitbehörde zustehende Mitwirkungsrecht, das diese auf mehrere denkbare und rechtmäßige Arten ausüben kann, hinwegsetzen. Denn die Mitwirkungsentscheidung im Prozeß gegen die Erstbehörde derart mitzujudizieren, daß aufgrund des Urteils die Zustimmung gar nicht mehr eingeholt zu werden braucht, geht nur an, wenn eine einzige Mitwirkungsentscheidung die allein rechtmäßige ist. Mit Recht stellt daher die herrschende Meinung, besonders das Bundesverwaltungsgericht,<sup>280)</sup> zur Verteidigung der Inzidentkontrolle vorwiegend auf den materiellen Anspruch des Bürgers auf eine bestimmte, dem Gesetz entsprechende Sachentscheidung ab, der von verfahrensrechtlichen Zuständigkeiten unabhängig ist. Ein derartiger Anspruch besteht aber nicht, falls die Gewährung im Ermessen der Behörde steht.<sup>281)</sup> Auch die vorgebrachten Argumente, welche die Bedenken der Gegenansicht ausräumen sollten,<sup>282)</sup> gelten im wesentlichen nur für Rechtsentscheidungen. Die Parallele zur Weisung drängt sich wieder auf. Das Gericht darf eine weisungsgebundene Behörde zwar zu einem Verhalten entgegen der rechtswidrigen Weisung verpflichten, nicht jedoch zu einem Verhalten entgegen der nur unzumutbaren, nicht aber auch rechtswidrigen Weisung. Andernfalls würde es eine Entscheidung in Ermessensangelegenheiten treffen, was ihm versagt ist.

---

279) Das BVerwG hat einen derartigen Fall - soweit ersichtlich - noch nicht entschieden. BVerwGE 26, 31 (42), wonach die Erstbehörde für eine Ermessensentscheidung der Zweitbehörde einzustehen hatte, behandelte einen Schadensersatzanspruch wegen des abgelehnten VAes, nicht die Frage, ob die Erstbehörde ohne weitere Mitwirkung der Zweitbehörde verpflichtet werden kann.

280) Vgl. die Nachweise oben S. 56, Anm. 258)

281) Anspruch in diesem Sinn ist nicht das subjektive öffentliche Recht auf fehlerfreien Ermessensgebrauch.

282) Oben S. 56 ff.

Die Regeln der Inzidentprüfung können also keine Anwendung finden, wenn der Zweitbehörde ein Ermessen eingeräumt ist. Wie aber hat das Gericht dann zu entscheiden? Keine Zweifel bestehen, wenn die Zweitbehörde ihr Ermessen (in rechtmäßiger Weise) getätigt hat. Das Gericht hat dies hinzunehmen und die Erstbehörde zu verurteilen: Falls die Zweitbehörde abgelehnt hat, kann der Verwaltungsakt nicht ergehen, also Klageabweisung, ohne daß es auf ein etwaiges rechtswidriges Verhalten der Erstbehörde im Ergebnis noch ankäme. Hat die Zweitbehörde zugestimmt, richtet sich das Urteil nach dem Verhalten der Erstbehörde. Falls diese zu Recht den Verwaltungsakt abgelehnt hat, Klageabweisung; falls zu Unrecht, Vornahmeurteil oder Bescheidungsurteil, je nach dem, ob auch der Erstbehörde ein Ermessen eingeräumt ist.<sup>283)</sup> Der Streit wird jedenfalls durch das allein gegen die Erstbehörde gerichtete Urteil in befriedigender Weise entschieden.

Problematisch wird es dagegen, wenn die Zweitbehörde ihr Ermessen nicht gebraucht hat, also überhaupt nicht tätig geworden ist, oder, was dem gleichzustellen ist, in rechtswidriger Weise gehandelt hat. Die Erstbehörde allein kann nicht verurteilt werden, weil sich das Gericht nicht über den fehlenden Mitwirkungsakt hinwegsetzen darf.<sup>284)</sup> Ein solches Urteil könnte höchstens die Erstbehörde verpflichten, den Verwaltungsakt zu erlassen bzw. den Kläger zu verbescheiden, falls die Zweitbehörde ihr Einverständnis abgibt. Was hat dann zu geschehen, wenn sich die Zweitbehörde weiterhin weigert, ordnungsgemäß tätig zu werden? Vollstreckt kann gegen sie nicht werden, weil sie nicht verurteilt wurde und daher kein Vollstreckungstitel gegen sie besteht.

Die Zweitbehörde kann aber auch nicht im Prozeß gegen die Erstbehörde einfach mit verurteilt werden, weil sie nicht Beklagte ist.<sup>285)</sup> Der

---

283) Was der Regelfall sein dürfte. Nach Eyermann-Fröhler, VwGO, § 42, Rdn. 56 d wandelt ein Ermessenstatbestand auf der Seite der Zweitbehörde eine an sich als Rechtstatbestand kodifizierte Entscheidungsnorm auf seiten der Erstbehörde in einen Ermessenstatbestand um.

284) Daher ist es entgegen Meyer, DVBl. 1961, 75 (78) unrichtig, nur die Erstbehörde mittels Bescheidungsurteil zu verpflichten, da unklar bleibt, ob diese die Zustimmung noch einzuholen hat. Das Urteil muß im Interesse der Rechtssicherheit eindeutig sein.

285) Entgegen Heinze, DÖV 1967, 33 (46), der sogar noch weitergehend auch ohne ausdrückliche Erwähnung der Zweitbehörde im Urteil diese für verpflichtet hält, die Mitwirkung vorzunehmen.

Leistungsbefehl eines Urteils richtet sich nur gegen den Beklagten. Die aus der Rechtskraft des Urteils folgende Bindung (§ 121 VwGO) gilt zwar auch für sonstige Beteiligte, z.B. Beigeladene. Für diese bedeutet sie aber lediglich, daß sie die Richtigkeit des Urteilspruchs nicht in Frage stellen dürfen, sie insbesondere gegenüber einem anderen Beteiligten keine dem Urteil konträre Entscheidung herbeiführen können.<sup>286)</sup> Eine selbständige Leistungspflicht kann für sie jedoch nicht begründet werden. Zu deren Realisierung gegenüber dritten Personen dient allein das Rechtsinstitut der Streitgenossenschaft.<sup>287)</sup> Der Beigeladene bleibt dagegen Dritter in einem fremden Rechtsstreit, er wird nicht Partei, weshalb gegen ihn, solange er nicht selbst Rechtsmittel einlegt, kein Urteil ergehen kann.<sup>288)</sup>

Die aufgezeigten Konsequenzen zeigen also, daß im Bereich der Ermessensentscheidungen der Rechtsschutz des Bürgers nicht sichergestellt ist. Die Schwierigkeiten wären jedoch ausgeschaltet, wenn eine selbständige Klage gegen die Zweitbehörde möglich wäre. Doch kann man wegen dieser prozessualen Folgen unter Ignorierung der klar liegenden dogmatischen Verhältnisse die Mitwirkung nicht zum Verwaltungsakt erklären. Auch geht es nicht an, den Zweitakt nur im Bereich strikter Rechtsanwendung als Verwaltungsinternum, im Ermessensbereich dagegen als Verwaltungsakt anzusehen.<sup>289)</sup> Andererseits zwingt aber Art. 19 Abs. 4 GG zur Ausfüllung der Rechtsschutzlücke. Die Lösung kann unter der Herrschaft der VwGO nur lauten: Gegen die Zweitbehörde kann mittels der sog. einfachen Leistungsklage vorgegangen werden. Dann ist der Rechtsschutz lückenlos, ohne daß man in unnötiger Weise einen Verwaltungsakt zu konstruieren brauchte.<sup>290)</sup>

---

286) So Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S. 229, 230.

287) Die bei der Mitwirkung nicht in Betracht kommt, vgl. unten S. 66, Anm. 291.

288) Vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO, § 65, Rdn. 1; Redeker-von Oertzen, VwGO, § 65, Anm. 1, § 66, Anm. 3.  
Die Stellung des notwendig Beigeladenen ist aber der einer Partei angenähert; näheres unten S. 71 ff.

289) Was oben S. 39 f. näher begründet wurde.

290) Dazu ausführlich unten im 4. Kapitel, S. 80 ff.

### III. Prozessuale Beteiligung der Zweitbehörde

Daß das Verwaltungsgericht im Rechtsstreit gegen die Erstbehörde über den Mitwirkungsakt mitentscheidet, bedeutet nicht unbedingt, daß die Zweitbehörde vom Verfahren völlig ausgeschlossen wäre. Die folgenden Erörterungen haben dabei nur die Fälle im Auge, bei denen die Inzidentkontrolle zu einem befriedigenden Ergebnis führt, also wo die Mitwirkungsakte Rechtsentscheidungen sind. Als Ermessensakte sind sie Gegenstand eines selbständigen Verfahrens, das im Wege der allgemeinen Leistungsklage einzuleiten ist.

#### 1. Beiladung

Die Zweitbehörde, die am Prozeß des Bürgers gegen die Erstbehörde eventuell zu beteiligen ist, ist, da sie nicht Beklagte sein kann, im Verhältnis zu diesem Verfahren Dritte. Als Beteiligungsform bietet sich in diesem Fall die Beiladung an.<sup>291)</sup>

##### a) Voraussetzungen der Beiladung

Ob die Beiladung möglich ist, richtet sich nach § 65 VwGO. Danach muß ein anderer in seinen rechtlichen Interessen durch die Entscheidung berührt werden.

aa) Erste Voraussetzung ist, daß der "andere" die Beteiligtenfähigkeit besitzt.

Gehören Erst- und Zweitbehörde verschiedenen Körperschaften an,<sup>292)</sup>

so ist ein parteifähiger Dritter im Spiel. Ob dabei die Beiladung der Zweitbehörde selbst oder der Körperschaft, der sie angehört, in Betracht kommt, richtet sich danach, ob nach dem geltenden Landesrecht Behörden die Beteiligtenfähigkeit besitzen.<sup>293)</sup>

---

291) Nur diese wird auch von der h.M. in Betracht gezogen. Lediglich Schütz-Frohberg, BBauG, Einl. 6, S.15, die Einvernehmen und Zustimmung ebenfalls für ein Internum halten, nehmen notwendige Streitgenossenschaft an, die sonst - konsequenterweise - nur von den VA-Anhängern vertreten wird.

292) Z.B. Baugenehmigungsbehörde und kreisangehörige Gemeinde. Dagegen vereinigt die kreisfreie Gemeinde beide Zuständigkeiten in sich.

293) § 61 Nr. 3 VwGO.

Gehören beide Behörden der gleichen Körperschaft an und ist auch nur diese, nicht die einzelne Behörde, parteifähig, so ist eine Beiladung schon begrifflich ausgeschlossen, da kein "anderer" vorhanden ist. Gehören beide Behörden zwar der gleichen Körperschaft an, sind sie aber selbst nach § 61 Nr. 3 VwGO parteifähig, so wäre formal eine Beiladung möglich.<sup>294)</sup> Doch wird eine Behörde allein deshalb, weil ihr das Landesrecht die Beteiligtenfähigkeit zuerkennt, nicht zur Rechtsperson. Sie bleibt ein rechtlich unselbstständiges Gebilde, das grundsätzlich nicht als Dritte im Rechtsstreit gegen die Körperschaft auftreten kann.<sup>295)</sup> Doch wird es zum Teil in Ausnahmefällen zugelassen, daß zwei Behörden desselben Rechtsträgers gegeneinander prozessieren. Das Problem wird unter dem Stichwort "In-sich-Prozeß" diskutiert. Neben seiner strikten Ablehnung im Hoheitsbereich<sup>296)</sup> steht die Auffassung, daß er zulässig sei, sofern die beteiligten Behörden nicht von einer Oberbehörde im Wege der Aufsicht zu einheitlichem Verhalten gezwungen werden können.<sup>297)</sup> Folgte man dem, so dürfte dann einer Beiladung nichts im Wege stehen, wenn die Zweitbehörde auch gegen die Erstbehörde klagen könnte.<sup>298)</sup> Eine derartige Klagemöglichkeit wird aber, wenn Erst- und Zweitbehörde der gleichen Körperschaft angehören, kaum gegeben sein, da beide Behörden in der Regel dem gleichen, hierarchisch gebundenen Behördenzweig angehören werden, oft sogar die Zweitbehörde zugleich Aufsichtsbehörde über die Erstbehörde sein wird.<sup>299)</sup>

---

294) Heinze, DÖV 1967, 33 (44) hält deswegen die Beiladung wohl für zulässig.

295) Eyermann-Fröhler, VwGO, § 65, Rdn. 18; a.A. Redeker-von Oertzen, VwGO, § 61, Anm. 6. Meist wird die Beiladung nicht mit diesem Argument abgelehnt, sondern mit der Begründung, die Zweitbehörde habe keine rechtlichen Interessen zu verfolgen; dazu gleich unter bb).

296) Z.B. Eyermann-Fröhler, VwGO, § 61, Rdn. 9 b mit weiteren Nachweisen.

297) Z.B. Redeker-von Oertzen, VwGO, § 63, Anm. 8 mit weiteren Nachweisen.

298) Redeker-von Oertzen, VwGO, § 65, Anm. 3.

299) Z.B. die höhere Verwaltungsbehörde gegenüber der Baugenehmigungsbehörde. Dagegen war bei der Entscheidung BVerwGE 26, 31 der Bundespersonalausschuß als Zweitbehörde nicht wie die Erstbehörde in die hierarchische Behördenorganisation einbezogen, sondern unabhängig und eigenverantwortlich eingerichtet. Doch wird man seit Inkrafttreten der VwGO wegen § 42 Abs. 2 VwGO die Zulässigkeit des In-sich-Prozesses generell verneinen müssen; so Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S. 150 f. mit weiteren Nachweisen.

Die Beiladung der Zweitbehörde ist also in jedem Fall, wo sie der gleichen Körperschaft wie die Erstbehörde angehört, schon deshalb ausgeschlossen, weil sie kein "anderer" im Sinne des § 65 Abs. 1 VwGO ist.<sup>300)</sup> Die weithin verbreitete Ansicht, die oberste Landesstraßenbaubehörde (§ 9 Abs. 2 FStrG) und die höhere Verwaltungsbehörde im Baugenehmigungsverfahren könnten beigelegt werden,<sup>301)</sup> ist daher falsch.

bb) Die parteifähige Zweitbehörde bzw. die Körperschaft, der sie angehört, kann nur dann beigelegt werden, wenn sie durch die gegen die Erstbehörde ergehende Entscheidung in ihren "rechtlichen Interessen berührt wird" (§ 65 Abs. 1 VwGO). Ein rechtliches Interesse liegt vor, wenn Rechtsätze, die nicht mit denen, die das Mitwirkungsrecht gewähren, identisch sein dürfen, bestehen, welche die Zweitbehörde zum Träger eines materiellen Rechts machen. Das Gegenteil sind reine Verwaltungsinteressen, die keine materielle Berechtigung gewähren.<sup>302)</sup> Das rechtliche Interesse braucht nicht verletzt oder gefährdet zu sein; es reicht aus, wenn die gerichtliche Entscheidung auf die Rechtsstellung der Zweitbehörde irgendwelchen Einfluß nehmen kann.<sup>303)</sup> Es ist nicht einmal erforderlich, daß das zu

300) BVerwGE 26, 31 (42); 36, 188 (190); Eyermann-Fröhler, VwGO, § 61, Rdn. 9 a; Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721 (726); Fromm, BB 1966, 1329 (1331).

301) BVerwGE 16, 116 (126); BVerwG, U.v.10.5.1968, DVBl. 1968, 806 f.; BVerwG, U.v. 7.5.1971, DVBl. 1971, 588 f.; - jeweils anderer Senat als bei den unter Anm. 300) genannten Urteilen! -; OVG Lüneburg, U. v.13.1.1966, DVBl. 1966, 187 f. In diesen Urteilen wurde entweder die Beiladung ausdrücklich zugelassen oder die von den Vorinstanzen durchgeführte Beiladung nicht beanstandet, ohne daß deren Voraussetzungen im einzelnen geprüft worden wären. OVG Münster, Beschl. v. 17.2.1964, DÖV 1964, 748 u. OVG Rheinl.Pfalz, U.v.25.2.1964, VerwRspr. 17 (1966), 75 (79) verneinen die Beiladung der höheren Verwaltungsbehörde, wenn auch aus anderen Gründen. Bejaht wird sie ferner von Meyer-Stich-Tittel, BBauG, § 36, Rdn. 12; Zinkahn-Bielenberg, BBauG, § 36, Rdn. 41; Marschall, FStrG, § 9, Rdn. 3.5; - alle ohne nähere Begründung.

302) H.M., vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO, § 65, Rdn. 19; Redeker-von Oertzen, VwGO, § 65, Anm. 4; Wolff I, S. 296. Ganz gesichert ist das wie auch die übrige mit der Beiladung zusammenhängende Problematik allerdings nicht. Darauf einzugehen würde jedoch den Rahmen dieser Arbeit sprengen; vgl. dazu Martens, VerwArch. 60 (1969), 197 ff., 356 ff., bes. 365, wo bezweifelt wird, ob der Gegensatz Verwaltungsinteresse - materiell-rechtliche Berechtigung ein brauchbares Kriterium für die Abgrenzung der Beiladung darstellt.

303) Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S. 84.

erwartende Urteil dem Willen der Zweitbehörde widerspricht. Das bedeutet, die Beiladung ist nicht nur durchzuführen, wenn die Zweitbehörde sich dem Erlaß des Verwaltungsaktes entgegenstellt, sondern auch dann, wenn sie keine Einwände dagegen hat, sie also mit der vom Bürger begehrten Entscheidung einverstanden ist.<sup>304)</sup> Das ergibt sich zum einen daraus, daß das Gericht die Klage auch abweisen kann und dann mit der Ansicht der Zweitbehörde in Widerspruch stehen würde; zum andern würde ein Abstellen auf das Ergebnis des Rechtsstreits bei der Frage der Interessenberührung das Urteil in unzulässiger Weise präjudizieren.

Rechtliche Interessen haben die Gemeinden bei den durch das Bundesbaugesetz eingeräumten Beteiligungen zu verfolgen.<sup>305)</sup> Ihre materielle Berechtigung ergibt sich aus dem verfassungsrechtlich garantierten Selbstverwaltungsrecht (Art. 28 Abs. 2 GG), das auch die Planungshoheit umfaßt und deshalb den Gesetzgeber des BBauG dazu bewog, zu seiner Sicherung die Baugenehmigungsbehörde in den genannten Fällen an das Einvernehmen der Gemeinde zu binden.<sup>306)</sup>

Auch dem Bundesminister des Innern, der bei Einbürgerungen durch die zuständige Landesbehörde nach § 3 S. 1 der Verordnung über die deutsche Staatsangehörigkeit vom 5.2.1934 seine Zustimmung abzugeben hat, ist dabei ein materielles Recht eingeräumt.<sup>307)</sup>

Das gleiche gilt für das Bundesamt für gewerbliche Wirtschaft, das bei der Erteilung von Genehmigungen im Interzonenhandel, die von der obersten Landesbehörde zu erteilen sind, mitzuwirken hat (§ 7 Abs. 2 der 1. DVO zur Interzonenhandelsverordnung in der Fassung vom 22.8.1958).<sup>308)</sup>

Dem Personalausschuß, der bei beamtenrechtlichen Entscheidungen mitzuwirken hat (und der einer anderen Körperschaft wie die nach außen tätige Behörde angehört), ist ebenfalls ein rechtliches Interesse zu eigen.<sup>309)</sup>

---

304) VGH München, U.v. 27.11.1968, BayVBl. 1969, 141; Brügelmann-Grauvogel, BBauG, § 36, Anm. 7 a) aa). A.A. Schneider, DÖV 1965, 513 (518): Beiladung nur erforderlich, wenn Zweitbehörde im Innenverhältnis andere Meinung als Erstbehörde vertritt.

305) §§ 14 Abs. 2, 19 Abs. 4 S.1, 31 Abs.1 u. Abs.2 S.1, 36 Abs.1 S.1 BBauG.

306) Z.B. BVerwG, U.v. 22.4.1966, DVBl. 1966, 792; OVG Koblenz, U.v. 12.12.1963, DVBl. 1964, 538 (539); Fromm, BB 1966, 1329 (1332).

307) OVG Hamburg, U.v. 27.5.1960, DVBl. 1960, 643 (645); Fromm, aaO.

308) BVerwGE 18, 333 (335); Fromm, aaO.

309) BVerwGE 36, 188 (190) zum Landespersonalausschuß.

Dagegen besitzt die höhere Verwaltungsbehörde, die im Baugenehmigungsverfahren mitzuwirken hat, wollte man sie entgegen der hier vertretenen Ansicht als parteifähig und damit beiladungsfähig ansehen, keine materielle Berechtigung,<sup>310)</sup> so daß ihre Beiladung auch aus diesem Grunde nicht möglich ist. Daß sie lediglich Verwaltungsinteressen wahrzunehmen hat, ergibt sich daraus, daß ihre Einschaltung in das Baugenehmigungsverfahren nicht wie die der Gemeinde der Sicherung der örtlichen Planung dient, sondern nur eine besondere Form der Aufsicht über die Baugenehmigungsbehörde darstellt.<sup>311)</sup>

Ob das auch für die Zustimmung der obersten Landesstraßenbaubehörde gemäß § 9 Abs. 2 FStrG gilt,<sup>312)</sup> ist zweifelhaft, da zum einen - im Gegensatz zum BBauG - die Voraussetzungen der Zustimmung in § 9 Abs. 3 FStrG besonders normiert sind, zum andern die Behörde nicht zugleich die unmittelbare Aufsichtsbehörde über die zum Erlaß des Verwaltungsaktes zuständige Baugenehmigungsbehörde sein wird,<sup>313)</sup> so daß man nicht von einer besonders geregelten Aufsicht wird sprechen können. Doch kommt es auf die Frage im Ergebnis nicht an, weil die oberste Landesstraßenbaubehörde jedenfalls mangels Parteifähigkeit nicht beigeladen werden kann.<sup>314)</sup>

cc) Ist die Zweitbehörde in den genannten Fällen derart am streitigen Rechtsverhältnis beteiligt, daß die Entscheidung auch ihr gegenüber nur einheitlich ergehen kann, so ist die Beiladung eine notwendige (§ 65 Abs. 2 VwGO), d.h. das Gericht ist zur Beiladung der Zweitbehörde verpflichtet.

---

310) OVG Münster, U.v. 17.2.1964, DÖV 1964, 748; OVG Rheinl.-Pfalz, U.v. 25.2.1964, VerwRspr. 17 (1966), 75 (79). A.A. Pietzonka, NJW 1961, 1425 (1428); Schneider DÖV 1965, 513 (518).

311) Vgl. Schütz-Frohberg, BBauG, Einl. 6, S. 13; Meyer-Stich-Tittel, BBauG, § 36, Rdn. 9; Heitzer-Oestreicher, BBauG, § 36, Anm. 3a), die zwischen mehrstufigen VAen mit vertikaler Bindung (Zweitbehörde ist die Aufsichtsbehörde) und solchen mit horizontaler Bindung (Zweitbehörde ist eine sonstige Behörde) unterscheiden.

312) Ja (Behörde hat keine rechtlichen Interessen): Böhm, DÖV 1958, 72 (74); nein: Meyer, DVBl. 1961, 75 (78) und wohl auch OVG Münster, U.v. 17.2.1964, DÖV 1964, 748.

313) In Bayern etwa ist oberste Landesstraßenbaubehörde die Oberste Baubehörde im Innenministerium, Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes zum Vollzug des FStrG vom 25.7.1969.

314) Vgl. oben S.68.

Diese Voraussetzungen liegen ohne Rücksicht auf den Ausgang des Rechtsstreits schon dann vor, wenn nach dem als begründet unterstellten Klageantrag ein Urteil möglich ist, das auch der Mitwirkungsbehörde gegenüber nur einheitlich ergehen kann.<sup>315)</sup>

Das ist bei allen oben unter bb) aufgeführten Beispielen, bei denen ein rechtliches Interesse der Zweitbehörde festgestellt wurde, der Fall.<sup>316)</sup> Denn jedes Urteil gegen die Erstbehörde, das über die Rechtmäßigkeit des Zustimmungsaktes mitentscheidet, bedeutet zugleich eine Entscheidung über das der Zweitbehörde eingeräumte Mitwirkungsrecht. Das ergibt sich vor allem daraus, daß die Erstbehörde aufgrund der Verurteilung befähigt wird, den Verwaltungsakt ohne weiter erforderliche Zustimmung zu erlassen. Das gegen die Erstbehörde ergehende Urteil entscheidet daher stets einheitlich auch über das rechtliche Interesse der Zweitbehörde. Man wird deshalb generell formulieren können: Wenn die Voraussetzungen einer Beiladung der Zweitbehörde nach § 65 Abs. 1 VwGO erfüllt sind, wird diese Beiladung immer auch notwendig sein (§ 65 Abs. 2 VwGO).<sup>317)</sup>

#### b) Wirkung der Beiladung

aa) Welche Stellung die beigeladene Zweitbehörde im Prozeß einnimmt, ergibt sich aus § 66 VwGO. Sie kann selbständig Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend machen und alle Verfahrenshandlungen wirksam vornehmen, erlangt also die Rolle eines selbständig am Rechtsstreit Beteiligten. Sie ist dabei nicht auf die Unterstützung eines der Hauptbeteiligten beschränkt, sondern kann ihre Interessen völlig selbständig zur Geltung bringen.<sup>318)</sup> Es steht in ihrem Belieben, eine der Parteien zu unterstützen oder zu bekämpfen, auch zu beiden Hauptbeteiligten in Opposition zu treten.

315) BVerwGE 18, 124 (127 f.), BVerwG, U.v. 22.4.1966, DVBl. 1966, 792.

316) BVerwG, U.v. 22.4.1966, DVBl. 1966, 792; VGH München, U.v. 27.11.1968, BayVBl. 1969, 141; Eyermann-Fröhler, VwGO, § 65, Rdn. 33; Zinkahn-Bielenberg, BBauG, § 36, Rdn. 38; - alle zur Gemeinde -; OVG Hamburg, aaO. - vgl. Anm. 307); BVerwGE 36, 188 (190) - vgl. Anm. 309).

317) Zu weit Redeker-von Oertzen, § 65, Anm. 9 a.E.: Zweitbehörde generell notwendig beizuladen. Das ist nur richtig, wenn man hinzufügt: unter dem Vorbehalt des § 65 Abs. 1 VwGO.

318) Eyermann-Fröhler, VwGO, § 66, Rdn. 3; Redeker-von Oertzen, VwGO, § 66, Anm. 1.

Sie kann abweichende Sachanträge stellen (§ 66 S. 2 VwGO) und hat ein Recht auf Zuziehung zum Prozeß. Das bedeutet, daß sie zu allen Terminen zu laden ist, ihr alle Zwischen- und Endentscheidungen sowie die sonstigen einem Beteiligten zuzustellenden Schriftsätze ebenfalls zugestellt werden müssen, sie auch die vorgeschriebenen Benachrichtigungen zu erhalten hat.<sup>319)</sup> Schließlich kann sie gegen ein ergangenes Urteil Rechtsmittel einlegen und ein Wiederaufnahmeverfahren betreiben. Die Rechtsmittelbefugnis hängt dabei nicht von der Klagebefugnis ab, d.h. die beigeladene Zweitbehörde kann auch dann Berufung einlegen, wenn sie im Wege der Anfechtungsklage gegen den Verwaltungsakt der Erstbehörde nicht vorgehen konnte.<sup>320)</sup>

Dagegen kann die notwendig beigeladene Mitwirkungsbehörde den Streitgegenstand nicht verändern. Eine Dispositionsbefugnis kommt nur den Hauptbeteiligten zu. Der Beigeladene hat keine Einflußmöglichkeit, wenn die Klage geändert, zurückgenommen oder zwischen Kläger und Beklagtem ein Vergleich geschlossen wird.<sup>321)</sup> Auch kann der Beigeladene keine eigene Klage, auch nicht eine Widerklage, erheben. Er kann andererseits auch nicht verurteilt werden, außer zu den Kosten.<sup>322)</sup>

Man sieht, daß der notwendig Beigeladene, obwohl er nicht Beklagter ist, eine ziemlich starke Stellung im Rechtsstreit inne hat. Der Zweitbehörde wird dadurch in ausreichender Weise Gelegenheit gegeben, ihre Auffassung geltend zu machen. So kann die Gemeinde zur Vertretung der planungsrechtlichen Gesichtspunkte sich gut Gehör verschaffen. Die Gefahr, daß ihr Selbstverwaltungsrecht zu sehr eingeschränkt und durch Richter-spruch überspielt wird, besteht nicht.

bb) Ein rechtskräftiges Urteil bindet gemäß § 121 VwGO auch die beigeladene Zweitbehörde als Beteiligte. Diese Bindung bedeutet, daß die Erstbehörde von der Mitwirkungsbehörde nicht mehr am Erlaß des Verwaltungs-

---

319) Eyermann-Fröhler, VwGO, § 66, Rdn. 4.

320) BVerwG, U.v. 7.5.1971, DVBl. 1971, 588 f.

321) Im einzelnen streitig; vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO, § 66, Rdn. 19, 23; Redeker-von Oertzen, VwGO, § 66, Anm. 9, 10; Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S. 86.

322) § 154 Abs. 3 VwGO; vgl. zum Ganzen Eyermann-Fröhler, VwGO, § 66, Rdn. 20.

aktes gehindert werden kann, wenn sie dazu verurteilt wurde. Dagegen wird die Zweitbehörde nicht ebenfalls zu einer positiven Leistung, d.h. zur Abgabe der Zustimmungserklärung verpflichtet.<sup>323)</sup> Mangels einer Verurteilung des Beigeladenen kann gegen ihn auch nicht vollstreckt werden.<sup>324)</sup>

Das wird von Anhängern der Ansicht, die den Mitwirkungsakt als Verwaltungsakt ansieht, für nicht sachgerecht gehalten. Es wird gesagt, die Bindung des Beigeladenen, die in der Tat ein Minus gegenüber der Verurteilung eines Beklagten ist, stelle den Rechtsschutz nicht sicher.<sup>325)</sup>

Das sind Einwände, die nach zutreffender Ansicht nur stichhaltig sind, wenn der Zweitakt eine Ermessensentscheidung darstellt.<sup>326)</sup> Bei Rechtsentscheidungen genügt die Inzidentprüfung des Mitwirkungsaktes im Rahmen des Prozesses gegen die Erstbehörde durchaus der Forderung nach umfassendem Rechtsschutz. Das Urteil braucht gegenüber der beigeladenen Zweitbehörde nicht in der Intensität wie gegenüber einem Beklagten zu wirken, weil ja die Erstbehörde dann die Zustimmung nicht mehr einzuholen gehalten ist. Eine Vollstreckung gegen die Zweitbehörde ist somit überflüssig. Der Bürger bekommt die begehrte Genehmigung allein mit der Verpflichtung der Erstbehörde. Damit ist der Rechtsschutz vollkommen sicher gestellt.

cc) Wird die gebotene notwendige Beiladung unterlassen, ist ein der Klage stattgebendes Urteil sowohl für die Hauptbeteiligten als auch für den Dritten wirkungslos. Das gilt für Anfechtungs- und Verpflichtungsklage. Begründet wird dies mit der Gestaltungswirkung des Urteils, die nicht einzelnen gegenüber eintreten kann, anderen gegenüber aber nicht. Wenn sie daher für den Dritten nicht wirkt, weil er nicht beteiligt war, kann sie auch für die Parteien nicht wirken.

---

323) Dazu schon oben S. 64 f.

Die nicht begründete Behauptung des 7. Senats des BVerwG, BVerwGE 18, 333 (335), aufgrund der Verurteilung der Erstbehörde habe auch die Zweitbehörde ihre Zustimmung zu erteilen, ist unmotiviert und widerspricht der eindeutigen Rechtsprechung der übrigen Senate, wonach das Urteil die Erstbehörde zum Handeln ohne weitere Zustimmung berechtigt; so bes. U.v. 28.5.1963, I C 99.59, BayVBl. 1964, 49 (50); weitere Nachweise oben S. 56, Anm. 258).

324) Menger-Erichsen, VerwArch. 58 (1967), 74 (76); a.A. Eyermann-Fröhler, VwGO, § 66, Rdn. 24.

325) Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721 (726); Stich, DVBl. 1963, 193 (198); Fickert, DVBl. 1964, 173 (182) u. DÖV 1964, 661 (663).

326) Vgl. oben S. 63 ff.

Beim klagabweisenden Urteil, das nicht rechtsgestaltend wirkt, besteht diese Divergenz nicht. Es ist für die Parteien wirksam. Den Dritten bindet es dagegen nicht; er kann den Rechtsstreit erneut zur gerichtlichen Überprüfung stellen.

Im Revisionsverfahren ist die unterlassene Beiladung von Amts wegen zu beachten und die Sache zurückzuverweisen.<sup>327)</sup>

## 2. Sonstige Art der Beteiligung

Wenn die Beiladung der Zweitbehörde aus rechtlichen Gründen, z.B. wegen mangelnder Beteiligtenfähigkeit, nicht möglich ist, so ist die Rechtmäßigkeit ihres Verhaltens dennoch vom Gericht zu prüfen. Da über den einheitlichen Anspruch des Bürgers entschieden wird, dürfen die Gesichtspunkte, die die Zweitbehörde zur Verweigerung ihres Einverständnisses bewegten, nicht übergangen werden.

Einen Anspruch darauf, selbst gehört zu werden, hat die Zweitbehörde nicht. Ihre Argumente können jedoch von der beklagten Erstbehörde im Streitverfahren geltend gemacht werden. Zu diesem Zweck hat sie sich diese von der Zweitbehörde mitteilen zu lassen.<sup>328)</sup>

Das Gericht ist aber berechtigt, die Zweitbehörde selbst anzuhören und sie zu diesem Zweck zum Rechtsstreit formlos - etwa im Wege der Bezeiserhebung - beizuziehen.<sup>329)</sup> Das ergibt sich aus seiner Untersuchungsbefugnis.

Feste Grundsätze darüber, wie sich das Gericht im konkreten Fall zu verhalten hat, wird man nicht aufstellen können. So wird es weitgehend von der Besonderheit des Einzelfalles und dem Gewicht des Zweitaktes abhängen, inwieweit eine Zuziehung der Mitwirkungsbehörde ratsam ist. In der Regel dürfte deren Beiziehung vorzunehmen sein, wenn Meinungsverschiedenheiten zwischen Erst- und Zweitbehörde bestehen und der Erlaß des Verwaltungs-

---

327) Näheres zum ganzen Komplex BVerwGE 16, 23 ff.; 18, 124 ff.; BVerwG, U.v. 22.4.1966, DVBl. 1966, 792; VGH München, U.v. 17.9.1969, BayVBl. 1969, 141; Eyermann-Fröhler, VwGO, § 65, Rdn. 39 ff.; Redeker-von Oertzen, VwGO, § 65, Anm. 22 ff.

328) So BVerwGE 26, 31 (48); kritisch dazu Menger-Erichsen, VerwArch. 59 (1968), 167 (172).

329) Heinze, VerwArch. 52 (1961), 275 (304) u. DÖV 1967, 33 (44).

aktes am Veto der letzteren scheiterte. Denn in einem derartigen Fall, bei dem die Erstbehörde zur Erteilung der Genehmigung bereit ist, wird diese kaum die konträre Ansicht der Zweitbehörde im Prozeß überzeugend vertreten wollen. Die Beiziehung der Mitwirkungsbehörde wird unterbleiben können, wenn die Erstbehörde den Erlaß des Verwaltungsaktes zu Recht abgelehnt hat, da es dann nicht mehr auf die Mitwirkungsentscheidung ankommt.<sup>330)</sup> In den verbleibenden Fällen liegt es regelmäßig im Ermessen des Gerichts, ob eine Anhörung der Zweitbehörde durchgeführt wird.

### 3. Minderansicht: Keine Beteiligung der Zweitbehörde

Es wurde auch die Ansicht vertreten, eine Beiladung der Zweitbehörde sei in jedem Falle überflüssig.<sup>331)</sup> Denn wegen der internen Natur des Mitwirkungsaktes sei das Vorbringen der Zweitbehörde der Erstbehörde zuzurechnen. Die Zweitbehörde stecke daher gleichsam in der Erstbehörde. Die Rechtslage sei ebenso wie bei einem auf Weisung ergangenen Verwaltungsakt zu beurteilen.

Dem kann nicht gefolgt werden. Wenn die Zweitbehörde unter den Voraussetzungen des § 65 Abs. 2 VwGO beizuladen ist, so nicht deshalb, weil sie das Recht des Bürgers zu gestalten befugt wäre - das ist nicht der Fall -, sondern weil sie eigene materielle Rechte hat, die durch den Verwaltungsakt der Erstbehörde berührt werden können. Beides ist auseinanderzuhalten und beeinflußt sich gegenseitig nicht. Wenn die Behörde im Außenverhältnis keine selbständige Entscheidung zu treffen befugt ist, so können ihr im Innenverhältnis gleichwohl materielle Berechtigungen eingeräumt sein, die sie auch gerichtlich geltend machen kann. Man kann zwar derartige materielle Berechtigungen der Zweitbehörde leugnen - dann nimmt sie eben nur Verwaltungsinteressen wie die Aufsichtsbehörde wahr -, keinesfalls geht es jedoch an, das Fehlen solcher Rechte aus der verwaltungsinternen Natur der Mitwirkung zu folgern. Die Rechte einer Behörde gegenüber dem Bürger lassen keinen Schluß auf ihre Rechte im Innenverhältnis der Verwaltung

---

330) Vgl. oben S. 11 ff.

331) Kratzer, BayVbl. 1964, 254 (256); vermittelnd Schneider, DÖV 1965, 513 (518): Beiladung nur, wenn die Zweitbehörde im Innenverhältnis eine andere Meinung wie die Erstbehörde vertritt; sowie Haug, JuS 1965, 134 (138 unter Fußn. 19): Beiladung meist zweckmäßig, aber nicht rechtlich geboten.

zu. Es ist daher unrichtig, die Beiladung aus dem Grund, weil die Mitwirkungshandlung kein Verwaltungsakt ist, für überflüssig zu erklären. Die Rechtslage ist mit der Weisung nicht vergleichbar. Diese gibt der Weisungsbehörde kein materielles Recht; deshalb wird sie zum Prozeß gegen die weisungsgebundene Behörde nicht beigezogen, nicht weil die Weisung lediglich ein Internum ist.

#### 4. Entscheidung des Verwaltungsgerichts

Ist der Zweitbehörde kein Ermessen eingeräumt, <sup>332)</sup> hat das Verwaltungsgericht nach umfassender Beurteilung der Rechtslage und eventueller Beiladung der Zweitbehörde folgendermaßen zu entscheiden:

a) Erst- und Zweitbehörde sind im Verwaltungsverfahren tätig gewesen. Das Gericht orientiert sich allein an der materiellen Rechtslage. Ist danach der Verwaltungsakt zu erlassen, wird die Erstbehörde verurteilt, die dann keine weitere Zustimmung mehr einzuholen braucht. Das gilt unabhängig davon, wie sich die beteiligten Behörden in der Sache verhalten haben; insbesondere kann die Erstbehörde auch dann verurteilt werden, wenn sie des Erlaß des Verwaltungsaktes nur wegen Versagung des Einverständnisses der Mitwirkungsbehörde abgelehnt hat.

b) Die Erstbehörde hat den Erlaß des Verwaltungsaktes abgelehnt, ohne die Zweitbehörde überhaupt zu beteiligen. <sup>333)</sup> Auch hier besteht kein stichhaltiger Grund, von den genannten Grundsätzen abzuweichen. Das Gericht, das zum Ergebnis kommt, daß z.B. die Baugenehmigung zu erteilen ist, verpflichtet wie in den übrigen Fällen die Baugenehmigungsbehörde, was diese der Einholung von Einvernehmen und Zustimmung enthebt. <sup>334)</sup>

---

332) Zur Verurteilung der Erstbehörde, falls der Mitwirkungsakt Ermessensentscheidung ist, vgl. unten S. 89 ff.

333) Was sie tun darf, vgl. oben S. 11 f.

334) A.A. Zinkahn-Bielenberg, BBauG, § 36, Rdn. 39: Hier Verpflichtung der Baugenehmigungsbehörde, unter Beteiligung der Gemeinde den Kläger zu verbescheiden. Verf. stimmen im übrigen mit den hier vertretenen Grundsätzen überein.

Das Mitwirkungsrecht der Gemeinde ist durch die Beiladung ausreichend gesichert. Die höhere Verwaltungsbehörde wird eventuell formlos zum Verfahren beigezogen.<sup>335)</sup> Die Beteiligungen am Prozeß ersetzen die außergerichtliche Mitwirkung. Von der Erstbehörde im Urteil zu verlangen, die Einverständnisse noch einzuholen, wäre umständlicher Formalismus.

---

335) Vgl. oben S. 74.

### Exkurs: Zum Problem der Nachbarklage

Ein mehrstufiger Verwaltungsakt, der den Adressaten begünstigt, kann wie jeder andere Verwaltungsakt einen Dritten belasten, und zwar unter Umständen derart, daß sich der Dritte im Klagewege gegen den Verwaltungsakt wehren kann. Es erhebt sich die Frage, welche Rolle bei einer solchen Drittklage die Mitwirkung spielt. Aktuell wird das wieder im Baurecht, wenn der Nachbar dessen, dem eine Baugenehmigung erteilt wurde, sich gegen diese zur Wehr setzt. Aus dem umfangreichen Komplex der "Nachbarklage"<sup>336)</sup> interessieren im Rahmen der vorliegenden Untersuchung zwei Fragen:

a) Die erste betrifft den Umfang der Klagebefugnis des Nachbarn. Diese geht nicht so weit, daß er sich auf eine Verletzung der Mitwirkungsvorschriften berufen könnte.<sup>337)</sup> Die Beteiligung der Gemeinde beim Baugenehmigungsverfahren dient der Sicherung ihrer Planungshoheit. Sie macht daher nur eigene Rechte geltend, nicht die von Privatpersonen. Die Mitwirkung der höheren Verwaltungsbehörde soll das ordnungsgemäße Verfahren sicherstellen; sie dient allein dem öffentlichen Interesse, nicht dem privaten Dritter. Nachbarschützend können nur einzelne Vorschriften des materiellen Baurechts sein; die Regelungen, welche die formelle Beteiligung von Zweitbehörden vorsehen, sind es nicht. Das wird für alle Mitwirkungsnormen, auch die außerhalb des Baurechts, zu gelten haben. Denn wenn diese einmal ausnahmsweise zumindest auch dem Schutz von Privatpersonen dienen,<sup>338)</sup> so werden das regelmäßig die vom Verwaltungsakt unmittelbar Betroffenen und nicht irgendwelche Dritte sein. Ein Dritter kann daher einen mehrstufigen Verwaltungsakt nicht mit der Begründung anfechten, die Mitwirkung sei nicht oder nicht ordnungsgemäß durchgeführt.

---

336) Nach h.M. in Form der Anfechtungsklage, nach a.A. Verpflichtungsklage. Zum ganzen Problemkreis statt vieler: Eyermann-Fröhler, VwGO, § 42, Rdn. 98 ff.; Redeker-von Oertzen, VwGO, § 42, Anm. 89 ff.

337) BVerwGE 28, 268 (270 f.) - zu § 36 Abs. 1 BBauG (Gemeinde) -; Dietz, BaWüVBl. 1961, 65 (68 u. 71) - zu § 31 BBauG (Gemeinde und höh. Verw.behörde). Ablehnend zum BVerwG: Bartlspurger, DVBl. 1970, 30 ff.

338) Vgl. BVerwGE 28, 268 (270).

b) Die zweite Frage ist die nach der Stellung der Zweitbehörde bei einer dennoch zulässigen Drittklage (wegen Berührung nachbarschützender Vorschriften). Ist dann die Mitwirkungsbehörde wie bei der Verpflichtungsklage des Bauherrn zum Verfahren - gegebenenfalls in Form der Beiladung - beizuziehen?

Hierbei ist zu beachten, daß der Anfechtungsprozeß des Nachbarn ein anderes Ziel wie der Verpflichtungsprozeß des Bauwerbers hat, nämlich die Beseitigung einer Verfügung. Im Verwaltungsverfahren braucht die Erstbehörde zu allen negativen Entscheidungen das Einverständnis der Zweitbehörde nicht einzuholen.<sup>339)</sup> Das gilt nicht nur für die Versagung der Baugenehmigung, sondern auch für deren Zurücknahme. Sie kann von der Baugenehmigungsbehörde, falls die gesetzlichen Voraussetzungen dafür vorliegen, zurückgenommen werden, ohne daß Gemeinde und höhere Verwaltungsbehörde sich damit einverstanden erklären müßten.<sup>340)</sup> Bei der Anfechtungsklage des Nachbarn, die ebenfalls eine kassatorische Beseitigung des Verwaltungsaktes zum Ziel hat, liegt die Interessenlage gleich. Die Zweitbehörde wird im einen wie im anderen Fall durch die schlichte Aufhebung des Verwaltungsaktes nicht in ihren Rechten berührt, weshalb sie weder beizuladen noch auch sonstwie am Verfahren zu beteiligen ist.<sup>341)</sup> Die Mitwirkungsbehörde, die kein Recht hat, im Verwaltungsverfahren gehört zu werden, hat dieses Recht auch nicht im Verwaltungsstreitverfahren.

---

339) Vgl. oben S. 11 ff.

340) BVerwG, U.v. 17.2.1971, DÖV 1971, 497.

341) Keine notwendige Beiladung der Gemeinde: BVerwGE 32, 148; BVerwG, U.v. 17.2.1971, aaO.; Brügelmann-Grauvogel, BBauG, § 36, Anm. 7b) bb); Zinkahn-Bielenberg, BBauG, § 36, Rdn. 38 a. E. Das BVerwG hält aber im U.v. 17.2.1971, aaO. - ebenso Brügelmann-Grauvogel, aaO. - eine im Ermessen des Gerichts stehende einfache Beiladung für möglich. Ich halte das für unrichtig, weil die Gemeinde nicht in ihren rechtlichen Interessen (§ 65 Abs. 1 VwGO) berührt wird.

#### 4. Kapitel:

#### Selbständige Klage gegen den Zweitakt

Zusammenfassend sei daran erinnert, daß eine selbständige Klage gegen den Zweitakt bei zwei Fallgruppen zulässig ist: Die allgemeine Leistungsklage ist gegeben, wenn der interne Mitwirkungsakt eine Ermessensentscheidung darstellt,<sup>342)</sup> die Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage, falls die Mitwirkungshandlung ausnahmsweise Verwaltungsakt ist.<sup>343)</sup>

#### A. Die selbständige Klage gegen den internen Zweitakt

Zu Beginn eine Vorbemerkung: Dem Folgenden wird zunächst ohne Wertung das Klagesystem der herrschenden Meinung zugrunde gelegt, die Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage nur für zulässig ansieht, wenn ein Verwaltungsakt im überkommenen Sinn angegriffen oder begehrt wird, und in allen anderen Fällen die sog. allgemeine Leistungsklage für die richtige Klageform hält. Der Streit darüber, ob letztere nicht auf Gleichordnungsverhältnisse zu beschränken und die nachträglichen Streitsachen auf sämtliche Amtshandlungen im subordinationsrechtlichen Bereich auszudehnen seien,<sup>344)</sup> bleibt vorerst ausgeklammert und einer gesonderten Erörterung im Anschluß an die folgenden Ausführungen vorbehalten.<sup>345)</sup>

#### I. Allgemeine Leistungsklage

##### 1. Zulässigkeit der Klage

Zur Erzwingung des im Ermessen der Zweitbehörde stehenden Mitwirkungsaktes ist also die allgemeine Leistungsklage zulässig.<sup>346)</sup> Ist der

342) Vgl. oben S. 65.

343) Vgl. oben S. 48 ff.

344) Vgl. vorerst statt vieler Eyermann-Fröhler, VwGO, § 42, Rdn. 4 a ff. mit weiteren Nachweisen.

345) Vgl. unten S. 94 ff. Verfasser stimmt übrigens der Minderansicht, die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage auf alle subordinationsrechtlichen Streitigkeiten anwendet, zu.

346) In der Rechtsprechung hat sich in diesem Sinne - soweit ersichtlich - nur der VGH Bad.-Württ. im U.v. 21.4.1964, BaWüVBl. 1964, 170 (171) = DÖV 1964, 788 (insoweit nicht abgedruckt), ausgesprochen.

Mitwirkungsbehörde dagegen kein Ermessen eingeräumt, wird über den Zweitakt im Rahmen des Rechtsstreits gegen die Erstbehörde entschieden.

Man könnte nun fragen, ob eine derartige Differenzierung nach Rechts- und Ermessensentscheidungen sinnvoll ist. Wenn bei letzteren die allgemeine Leistungsklage zulässig ist, warum sollte sie nicht generell bei jedem Zweitakt offenstehen? Die Unterscheidung von Rechts- und Ermessensakten ist bekanntlich nicht so gravierend, daß sich die rechtliche Qualifikation danach bemißt. Die Mitwirkung, die bei strikter Rechtsanwendung intern vor sich geht, wird nicht zum Verwaltungsakt, wenn der Zweitbehörde ein Ermessen eingeräumt ist.<sup>347)</sup> Läßt sich diese Gleichstellung nicht auch im Bereich des Prozeßrechts verwirklichen? Warum sollte demgemäß nicht jeder Zweitakt, der den Bürger mittelbar beschwert, im Wege der allgemeinen Leistungsklage angreifbar sein? Damit ließe sich auch die bei Rechtsentscheidungen etwas gewagt anmutende Konstruktion der Inzidentprüfung des Mitwirkungsaktes im Rahmen des Rechtsstreits gegen die Erstbehörde umgehen und die Bedenken der Verwaltungsaktsanhänger ausräumen. Der Zweitakt wäre selbständig erzwingbar, obwohl er kein Verwaltungsakt ist.

Die Methode, mit der die Rechtsprechung zur Nachprüfung der internen Rechtsakte gelangt, entspricht aber dem praktischen Bedürfnis nach schnellem Rechtsschutz besser als zwei nebeneinander erforderliche Verfahren. Denn der interne Mitwirkungsakt ist kein isoliertes Etwas, sondern Teil des Verwaltungsaktes. Erst- und Zweitakt bilden eine Einheit und es ist sinnvoll und zweckmäßig, wenn diese Einheit auch in einem einzigen Gerichtsverfahren nachgeprüft wird. Aus diesen Erwägungen heraus rückt das Bundesverwaltungsgericht zu Recht das Formelle in den Hintergrund und stellt primär auf den materiellen Anspruch des Bürgers ab.<sup>348)</sup> Dieser hat aber nur einen einzigen Rechtsanspruch etwa auf die Baugenehmigung und nicht deren zwei. Die Konstruktion der Inzidentprüfung des Mitwirkungsaktes ist daher einer Ausweitung der allgemeinen Leistungsklage auf sämtliche Zweitakte vorzuziehen. Wie läßt sich nun die Beschränkung dieser Klageform auf den Bereich der Ermessenshandlungen dogmatisch begründen?

---

347) Vgl. oben S. 39 ff.

348) Dazu ausführlicher oben S. 37 ff.

Auszugehen ist von den Zulässigkeitsvoraussetzungen der allgemeinen Leistungsklage. Hierüber enthält die VwGO keine konkreten Aussagen, da diese Klageart nicht eigens normiert ist. Es gelten folglich nicht die besonderen Prozeßvoraussetzungen von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage, wie Durchführung des Widerspruchsverfahrens und Einhaltung der Klagefrist.<sup>349)</sup> Dennoch kann mit Hilfe der allgemeinen Leistungsklage nicht jede beliebige Amtshandlung erzwungen werden. Sonst wäre jeder Internakt, auch etwa die Weisung, justiziabel, was jedoch zu weit geht. Das notwendige Korrektiv übernehmen, wie bei jeder anderen Klageart auch, die Zulässigkeitsvoraussetzungen. Darüber, was dabei neben den für alle Klagen erforderlichen allgemeinen Prozeßvoraussetzungen - z.B. Eröffnung des Rechtsweges, gerichtliche Zuständigkeit, ordnungsgemäße Klageerhebung, Beteiligtenfähigkeit - zu gelten hat, gehen die Anschauungen etwas auseinander.

Vereinzelt wurde ein Grundsatz der Subsidiarität der allgemeinen Leistungsklage aufgestellt und dieser als Zulässigkeitsvoraussetzung behandelt.<sup>350)</sup> Danach wäre die allgemeine Leistungsklage nur bei solchen Streitigkeiten zulässig, die nicht im Rahmen einer in der VwGO geregelten Klageart ausgetragen werden können. Für die Mitwirkungsentscheidungen würde das bedeuten, daß bei Rechtsakten, wo die Inzidentprüfung gilt, die selbständige Klage unzulässig, bei Ermessensakten zulässig ist, man also zu dem als wünschenswert angesehenen Ergebnis kommt. Freilich ist es wohl besser, Verpflichtungsklage und allgemeine Leistungsklage als gleichberechtigt anzusehen. Jede von ihnen ist die sachgerechte Klageform für einen bestimmten ihr zugewiesenen Bereich, die eine bei durch Verwaltungsakt begründeten, die andere bei sonstigen Rechtsverhältnissen. Man braucht auch das genannte Prinzip nicht, weil das Erfordernis der Beschwer oder des Rechtsschutzinteresses zum gleichen Ergebnis führt.<sup>351)</sup>

---

349) Unrichtig daher die Formulierung des Hess. VGH im U.v. 9.2./15.3. 1968, DVBl. 1969, 502 (504), für die allg. Leistungsklage hätten die gleichen Prozeßvoraussetzungen wie für die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage zu gelten. Ob das Gericht damit auch Vorverfahren und Frist für die allg. Leistungsklage fordert - eine nähere Begründung wird nicht gegeben -, bleibt unklar; es wird lediglich eine Beschwer der in § 42 Abs. 2 VwGO bezeichneten Art geprüft.

350) Rautenberg-Voigt, DÖV 1964, 259 (262). Dagegen zu Recht Holland, DOV 1965, 410 (412).

351) So Holland, aaO.

Darüber, daß eine derartige Beschwer, wie sie für die nachträglichen Streitsachen in § 42 Abs. 2 VwGO besonders normiert ist, auch zur Erhebung der allgemeinen Leistungsklage erforderlich ist, besteht weithin Einigkeit. Unterschiedlich ist lediglich seine Formulierung. So wird gesagt, dem Kläger müsse ein schutzwürdiges Interesse an der begehrten richterlichen Entscheidung zustehen,<sup>352)</sup> er müsse die Möglichkeit einer Rechtsbeeinträchtigung dartun,<sup>353)</sup> § 42 Abs. 2 VwGO sei direkt<sup>354)</sup> oder entsprechend<sup>355)</sup> anzuwenden oder es wird einfach von einem Rechtsschutzbedürfnis gesprochen.<sup>356)</sup>

Es wäre fruchtlos, diese Auffassungen ausführlich gegeneinander abzuwägen und kritisch zu durchleuchten, da sie sich im Kern alle miteinander decken und man mit ihnen kaum zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen dürfte. § 42 Abs. 2 VwGO ist wohl richtigerweise als besondere Konkretisierung des Rechtsschutzbedürfnisses für Anfechtungs- und Verpflichtungsklage aufzufassen.<sup>357)</sup> Die entsprechende - nicht direkte, weil die Vorschrift von Verwaltungsakt spricht - Anwendung dieser Norm auf die allgemeine Leistungsklage dürfte der einfachste Weg sein, um das auch für diese Klageart zu fordernde Rechtsschutzbedürfnis zu konkretisieren. Es wäre daher zu formulieren: Die allgemeine Leistungsklage ist nur zulässig, wenn der Kläger geltend macht, durch die schlichte Amtshandlung bzw. durch deren Ablehnung oder Unterlassen in seinen Rechten verletzt zu sein.<sup>358)</sup>

Man könnte nun der Meinung sein, die Verweigerung des Einverständnisses der Zweitbehörde verletze den Bürger in seinen Rechten, weil diese Amtshandlung wegen der Bindung der Erstbehörde ursächlich ist für die dann notwendige Ablehnung des Verwaltungsaktes. Man gelangte dadurch

---

352) BVerwGE 14, 323 (328).

353) OVG Hamburg, U.v. 23.9.1960, DVBl. 1961, 136.

354) Hess. VGH U.v. 9.2./15.3.1968, DVBl. 1969, 502 (504).

355) Rautenberg-Voigt, DÖV 1964, 259 (261); Frotscher, DÖV 1971, 259 (262).

356) Bräutigam, DÖV 1960, 364 (368); Holland, DÖV 1965, 410 (412).

357) Zum dogmatischen Standpunkt der Vorschrift vgl. die Übersicht bei Redeker-von Oertzen, VwGO, § 42, Anm. 13.

358) Zur näheren Konkretisierung dieser Formel vgl. die Kommentare zur VwGO, z.B. Eyermann-Fröhler, § 42, Rdn. 84 ff.

dennoch zu einer generellen Anwendung der allgemeinen Leistungsklage auf alle Mitwirkungsakte.

Eine solche Betrachtungsweise würde jedoch die im Bereich des Verwaltungshandelns bestehende Priorität des Verwaltungsaktes ignorieren. Es wäre unverständlich, zuerst ausführlich zu begründen, daß mittelbare Regelungen, wie sie die Mitwirkungsentscheidungen darstellen, keine Verwaltungsakte sind,<sup>359)</sup> dann aber gegen sie die allgemeine Leistungsklage zuzulassen. Es wäre auch praktisch unhaltbar, gegen den Zweitakt stets die unbefristete allgemeine Leistungsklage zu eröffnen, wenn der wichtigere Erstakt nur unter den strengeren Voraussetzungen der Verpflichtungsklage (Vorverfahren, Frist) erstritten werden kann. Es ist daher festzuhalten, daß bei den durch Verwaltungsakt begründeten Rechtsverhältnissen der Kläger grundsätzlich nicht durch interne Teilentscheidungen in seinen Rechten verletzt sein kann. Der Verwaltungsakt als das Endprodukt behördlichen Wirkens schließt alle vorbereitenden Maßnahmen in sich. Ein Internakt, der Teil eines Verwaltungsaktes ist, kann den Kläger dann nicht in seinen Rechten verletzen, wenn das schon der umfassendere Verwaltungsakt tut. Hier spielt also über die Klagebefugnis doch wieder eine Art Subsidiaritätsklausel herein. Wo dem durch Art. 19 Abs. 4 GG gebotenen Rechtsschutz mittels der für Verwaltungsakte vorgesehenen Klageformen der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage in vollem Umfang Genüge geleistet wird, wird der Bürger durch schlichte Amtshandlungen, die den Verwaltungsakt begleiten, nicht in seinen Rechten verletzt.<sup>360)</sup> Im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG ergeben sich auch gewissermaßen "verfassungskonform" die Grenzen dieser Betrachtungsweise: Ausnahmsweise wird der Kläger durch interne Vorbereitungsakte dennoch in seinen Rechten verletzt, wenn der von Verfassungen wegen notwendige umfassende Rechtsschutz bei Erhebung von Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage nicht sichergestellt ist.

Die praktische Nutzenanwendung dieser Regel auf die Mitwirkungsakte: Ist der Zweitakt eine reine Rechtsentscheidung, gewährt die Verpflichtungsklage dem Bürger wegen der Inzidentprüfung des Zweitaktes durch das Gericht umfassenden Rechtsschutz; folglich wird er durch die Mitwirkungsent-

---

359) Vgl. oben S. 25 f.

360) Frotischer, DÖV 1971, 259 (263); ähnlich auch (mit Ableitung aus dem Rechtsschutzinteresse anstatt aus § 42 Abs. 2 VwGO) Holland, DÖV 1965, 410 (412).

scheidung nicht in seinen Rechten verletzt.<sup>361)</sup> Handelt es sich dagegen um einen Ermessensakt, stellt die Inzidentprüfung den Rechtsschutz nicht sicher; der Betroffene wird durch die Mitwirkungsentscheidung gesondert in seinen Rechten verletzt; die allgemeine Leistungsklage ist zulässig.

Eine derartige Klagebefugnis oder Beschwer ist auch das Korrektiv, das eine Klage gegen jeden beliebigen verwaltungsinternen Vorgang verhindert. Denn man kann Mitwirkungsakte natürlich nicht anders als sonstige Interna behandeln. Vielmehr darf die allgemeine Leistungsklage auch bei diesen in Betracht gezogen werden. Deren uferlose Ausweitung wird durch das Erfordernis der Beschwer eingedämmt, die bei den meisten Verwaltungsinterna nicht gegeben sein wird. So verletzt die weniger bedeutsame Mitwirkung, bei der die Mitwirkungsbehörde anzuhören, ins Benehmen zu setzen oder ähnlich zu beteiligen ist,<sup>362)</sup> den Bürger keinesfalls in seinen Rechten. Gleiches gilt für Weisungen. Denn beide Male geht die Mitwirkung völlig im Hauptakt auf. Sie enthält im Gegensatz zu den Ermessensakten der "negativen Bindung" keine überschießende Tendenz, die nicht im Erstakt ihre Entsprechung findet.

Zusammenfassend die sich aus dem Gesagten ergebende allgemeine Regel:

Gegen einen verwaltungsinternen Vorgang, der mittelbar (als unmittelbarer Eingriff wäre er nicht mehr intern, sondern Verwaltungsakt) in die Rechte des Bürgers eingreift (= Beschwer oder Klagebefugnis entsprechend § 42 Abs. 2 VwGO), besteht Rechtsschutz in Form der allgemeinen Leistungsklage. Eine Beschwer in diesem Sinne ist nicht vorhanden, wenn der Bürger seine Rechte durch Erhebung von Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage ausreichend wahren kann.

Auch dieser Grundsatz unterliegt dem Sprichwort: Keine Regel ohne Ausnahme. Zu denken ist an folgende Fallgestaltung, bei der es sich seitens der Zweitbehörde um reine Rechtsanwendung, nicht um einen Ermessensakt handelt: Die Erstbehörde hält alle Voraussetzungen für den Erlass des Verwaltungsaktes gegeben, sieht sich an einem positiven Bescheid aber

---

361) In diesem Sinne auch BVerwG, U.v. 26.9.1969, DVBl.1970, 282 (283).

362) Vgl. oben S. 2.

durch die ablehnende Haltung der Zweitbehörde gehindert. Nach den bisher entwickelten Grundsätzen hätte der Betroffene Verpflichtungsklage gegen die Erstbehörde zu erheben. In dem Rechtsstreit müßte diese für etwas einstehen, von dessen Fehlerhaftigkeit sie selbst überzeugt ist. Denn sie ist ja trotz eventueller Beiziehung der Zweitbehörde die Beklagte. Im Prozeß ginge es dann allein um die Ablehnung des Einverständnisses. Falls das Gericht das Verhalten der Zweitbehörde ebenfalls für rechtswidrig hält, wird die Erstbehörde zu etwas verurteilt, was sie ihrerseits schon längst aus eigenem Antrieb tun wollte und hat dazu auch noch die Kosten zu tragen.

Um es nochmals zu wiederholen: Diese praktischen Konsequenzen sind nicht als so schwerwiegend anzusehen, daß man das gefundene, dogmatisch einwandfreie Ergebnis bezüglich der Rechtsnatur der Mitwirkung korrigieren müßte. Das Festhalten an der verwaltungsinternen Natur hat auch nichts mit "Fiat justitia, pereat mundus" zu tun. Denn im Interesse der Rechtssicherheit sind dogmatisch sichere Grundlagen für die Rechtsanwendung unerläßlich. Eine billige und zugleich der Dogmatik entsprechende Lösung bietet auch in diesem Fall die allgemeine Leistungsklage. Insoweit wäre also die vorhin entwickelte Regel vom Vorrang der Verpflichtungsklage zu durchbrechen. Als Rechtfertigung dienen die angedeuteten Gesichtspunkte der Praktikabilität und Prozeßökonomie. Wenn schon zwischen Bürger und Verwaltung nur der Teil eines Rechtsverhältnisses streitig ist, so ist es billig, wenn auch nur dieser Teil zum Gegenstand eines Rechtsstreits gemacht wird. Das Klagesystem der VwGO ist nicht Selbstzweck, sondern hat dazu zu dienen, daß der Bürger möglichst schnell und effektiv zu seinem Recht kommt. Freilich dürfen dabei aus Rechtssicherheitsgründen gewisse dogmatische Grundlagen nicht einfach mit Billigkeitserwägungen übergangen werden. Doch ist diese Grenze mit der Zulassung der allgemeinen Leistungsklage in dem bezeichneten Ausnahmefall nicht erreicht. Als wirklicher Ausnahmefall ist er natürlich eng zu interpretieren, d.h. eine selbständige Klage gegen den Mitwirkungsakt ist nur zulässig, wenn die Ablehnung des Verwaltungsaktes allein auf dem Veto der Zweitbehörde beruht. Für den Kläger wird dadurch auch das Kostenrisiko geringer als wenn er den gesamten mehrstufigen Verwaltungsakt erstreiten müßte.<sup>363)</sup>

---

363) Ein Gesichtspunkt, auf den Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721 (727), hinweisen und ihn als Argument für die Verwaltungsqualität des Zweitaktes benützen.

Freilich kann man dagegen einwenden, daß damit in prozessualer Hinsicht eine wesentliche Ungleichbehandlung eintritt, je nachdem, ob der Bürger seine Klage auf den Erlaß des gesamten Verwaltungsaktes zu richten gehalten ist oder sich auf eine Klage zur Erzwingung des Zweitaktes beschränken kann. Im letzten Fall ist die Klage als allgemeine Leistungsklage nicht fristgebunden, ferner ist kein Widerspruchsverfahren durchzuführen. Es erscheint aber wenig vertretbar, die Klage gegen den Mitwirkungsakt unter leichter zu erfüllenden Voraussetzungen als jene gegen den Erstakt zuzulassen. Über diese "Hintertüre" käme der Kläger noch zu seiner Genehmigung, wenn eine Verpflichtungsklage wegen Verfristung bereits ausgeschlossen ist. Doch sprechen diese Erwägungen nach diesseitiger Ansicht nicht gegen die selbständige Klage in vorliegender spezieller Fallgestaltung, sondern generell gegen die Zulassung der allgemeinen Leistungsklage in subordinationsrechtlichen Streitigkeiten. In anderem Zusammenhang wird darauf noch zurückzukommen sein.<sup>364)</sup>

Beachtlicher sind allerdings einige für den Bürger eintretende, wenn auch geringe Nachteile. Ein Urteil kann nicht zum Erlaß des Verwaltungsaktes verpflichten, weil die Erstbehörde nicht Klagegegnerin ist. Weiter wird auch nicht der Mitwirkungsakt dergestalt mitjudiziert, daß die Erstbehörde das Einverständnis nicht mehr einzuholen braucht, da Gegenstand des Verfahrens überhaupt nur der Zweitakt ist. Demzufolge kann auch nur die Zweitbehörde im Urteil verpflichtet werden, das Einverständnis zu erklären. Weigert sie sich, stehen dem Bürger die Mittel der Zwangsvollstreckung zur Verfügung. Weiterhin muß dann, wenn ein positiver Zweitakt schließlich vorliegt, immer erst noch die Erstbehörde den Verwaltungsakt erlassen, was sie aber auch tun wird, da von deren Bereitschaft die erörterte Fallkonstellation ausging.

Den unbestreitbaren Vorteilen der allgemeinen Leistungsklage stehen somit einige, wenn auch geringfügige, Nachteile gegenüber. Dem Bürger könnte es daher sogar lieber sein, wenn der Richterspruch über den gesamten Verwaltungsakt und nicht nur über einen Teil desselben entscheidet. Ich möchte deshalb diese Klageform nicht als einzig zulässig für den Fall,

---

364) Vgl. unten S. 95 ff.

daß die Ablehnung des Verwaltungsaktes allein auf dem Verhalten der Zweitbehörde beruht, ansehen, sondern nach einer Art "Meistbegünstigungstheorie" dem Betroffenen ein Wahlrecht zugestehen. Es soll ihm überlassen bleiben, ob er gegen die Mitwirkungsbehörde vorgeht, mit der Folge, daß ihm eine Klageart zur Verfügung steht, deren Voraussetzungen leichter zu erfüllen sind und bei der das Kostenrisiko geringer ist, oder ob er die Erstbehörde verklagt, mit dem Ergebnis, daß ein obsiegendes Urteil die Abgabe der Zustimmung überflüssig macht und der begehrte Verwaltungsakt dadurch vielleicht schneller erlassen wird. Ist die Verpflichtungsklage wegen Verfristung ausgeschlossen, ist freilich nur die erste der beiden Alternativen gangbar.

Diese Zusammenhänge werden aber für einen rechtsunkundigen Kläger kaum überschaubar sein. Das Verwaltungsgericht hat sie ihm daher aufgrund seiner Aufklärungspflicht<sup>365)</sup> auseinanderzusetzen und darauf hinzuweisen, welche Klageart gerade im gegenwärtigen Einzelfall am günstigsten ist.

Sind am Zustandekommen des Verwaltungsaktes mehr als eine Zweitbehörde beteiligt, so gilt das Gesagte, wenn nur eine von ihnen ihr Einverständnis verweigert hat und alle übrigen einschließlich der Erstbehörde dem Antrag positiv gegenüberstehen. Es kann wahlweise allgemeine Leistungsklage gegen die sich ablehnend verhaltende Zweitbehörde oder Verpflichtungsklage gegen die Erstbehörde erhoben werden. Anders ist es dagegen, wenn mehrere Zweitbehörden die Zustimmung versagen. Dann wären zwei oder mehr Klagen zu erheben, was erhebliche Nachteile gegenüber einer einzigen Verpflichtungsklage bringt, die hier allein zu einer abschließenden Beurteilung der Streitigkeiten führen kann. Die Vorteile der allgemeinen Leistungsklage würden hingegen entfallen. Sie ist deshalb auf den Fall zu beschränken, daß nur ein einziger Mitwirkungsakt für den Antragsteller negativ ausgefallen ist.

In Ergänzung der vorhin aufgestellten Regel<sup>366)</sup> ist demgemäß zu formulieren, was nur für die Mitwirkungsfälle der "negativen Bindung" gilt:

Beruht die Ablehnung des Verwaltungsaktes allein auf dem Verhalten der Zweitbehörde, so ist, auch wenn es sich auf deren Seite um reine Rechtsanwendung handelt, die Mitwirkungsentscheidung als so ver-

365) Vgl. § 86 Abs. 3 VwGO.

366) S. 85.

selbständig anzusehen, daß der Bürger durch sie in seinen Rechten verletzt wird. Er kann nach seiner Wahl entweder die allgemeine Leistungsklage gegen die Zweitbehörde oder die Verpflichtungsklage gegen die Erstbehörde erheben.

Noch ein Nachtrag zum Klagegegner. Für die allgemeine Leistungsklage gilt zwar nicht § 78 VwGO, doch ist laut § 61 VwGO, der für alle Klagen gilt, die Mitwirkungsbehörde ebenso wie die Erstbehörde nur dann beteiligtenfähig und damit verklagbar, wenn sie zugleich eine selbständige Körperschaft und daher juristische Person ist<sup>367)</sup> oder das Landesrecht sie gemäß § 61 Nr. 3 VwGO für beteiligtenfähig erklärt hat. Liegt beides nicht vor, ist auch hier die Klage gegen die Körperschaft, der die Zweitbehörde angehört, zu richten.

Gehören Erst- und Zweitbehörde der gleichen Körperschaft an<sup>368)</sup> und ist auch nur diese beteiligtenfähig, ergibt sich für die nebeneinander oder wahlweise zur Verfügung stehende Verpflichtungsklage und allgemeine Leistungsklage derselbe Beklagte. An der Sache ändert sich dadurch aber nichts. Denn bei der selbständig zulässigen allgemeinen Leistungsklage handelt es sich um einen eigenen Streitgegenstand, der gesondert geltend zu machen ist. Dem Bürger stehen dann eben zwei verschiedene Klagemöglichkeiten gegen den gleichen Klagegegner offen.

## 2. Praktische Durchführung an Hand einzelner Beispiele

Zur Verdeutlichung seien die vorstehend entwickelten Regeln an Hand einzelner konkreter Fallgestaltungen nochmals klargestellt. Als Beispiele dienen die Mitwirkungen beim Erlaß einer Baugenehmigung nach § 36 BBauG (Rechtsentscheidung) sowie eines baurechtlichen Dispenses nach § 31 BBauG (Ermessensentscheidung). Dabei sei unterstellt, daß zunächst nur das Einvernehmen der Gemeinde (andere Körperschaft wie die Erstbehörde), sondern die Zustimmung der nicht parteifähigen höheren Verwaltungsbehörde (gleiche Körperschaft wie die Erstbehörde) fraglich ist.

---

367) Z.B. die Gemeinde im Baugenehmigungsverfahren.

368) Z.B. Baugenehmigungsbehörde und höhere Verwaltungsbehörde.

a) Einvernehmen der Gemeinde

aa) Baugenehmigungsbehörde und Gemeinde stimmen dem Bauvorhaben zu. Der Antragsteller braucht überhaupt nicht zu klagen.

bb) Die Baugenehmigungsbehörde will dem Antrag stattgeben; die Gemeinde verweigert ihr Einvernehmen. Folge für das Verwaltungsverfahren: Die Baugenehmigung bzw. der Dispens darf nicht erlassen werden.

Für die Entscheidung nach § 36 BBauG (Rechtsentscheidung) gilt: Der Bauwerber kann nach seiner Wahl Verpflichtungsklage gegen die Baugenehmigungsbehörde oder allgemeine Leistungsklage gegen die Gemeinde erheben. Im ersten Fall ist die Gemeinde zum Rechtsstreit beizuladen. Ein der Klage stattgebendes Urteil verpflichtet die Baugenehmigungsbehörde zum Erlaß der Genehmigung, ohne daß sie das Einvernehmen noch einzuholen brauchte. Im zweiten Fall wird die Gemeinde verpflichtet, das Einvernehmen zu erklären. Erst wenn sie dem nachgekommen ist, kann auch die Baugenehmigungsbehörde den Verwaltungsakt erlassen.

Zur Erzwingung des Einvernehmens bei der Ausnahme oder Befreiung gemäß § 31 BBauG (Ermessensentscheidung) kann nur allgemeine Leistungsklage gegen die Gemeinde erhoben werden. Ein für den Kläger erfolgreiches Urteil kann - außer im Fall der Ermessensreduzierung - nur ein Bescheidungsurteil entsprechend der in § 113 Abs. 4 S. 2 VwGO bezeichneten Art sein.<sup>369)</sup> Hierbei ist zu beachten, daß das Gericht die Gemeinde nicht dazu verurteilen kann, den Kläger förmlich zu verbescheiden, da dies die Gemeinde zum Erlaß eines Verwaltungsaktes verpflichten würde. Es würde dadurch von der Gemeinde etwas Ungesetzliches verlangt werden, da sie nach dem Gesetz ihre Erklärungen lediglich verwaltungsintern abzugeben hat. Das Gericht kann sie daher nur dazu verurteilen, eine erneute Entscheidung über Erteilung oder Ablehnung des Einvernehmens gegenüber der Baugenehmigungsbehörde unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu treffen. Entsprechend ist auch die Klage zu formulieren, worauf das Gericht selbst hinzuwirken hat.<sup>370)</sup>

369) Aus Rechtsschutzgründen muß bei schlichten Amtshandlungen, die im Ermessen der Behörde stehen, wie bei VAen eine derartige Klage auf Neubescheidung zulässig sein; so auch Bettermann, DVBl. 1969, 703.

370) Vgl. § 86 Abs. 3 VwGO.

cc) Die Baugenehmigungsbehörde lehnt den Antrag von sich aus ab; die Gemeinde ist jedoch zur Erteilung des Einvernehmens bereit.

Es kommt nur die Verpflichtungsklage gegen die Erstbehörde in Betracht. Für eine selbständige Klage gegen die Gemeinde fehlt jedes Klagebedürfnis. Das gilt auch, wenn der Gemeinde ein Ermessen eingeräumt ist, da diese ihr Ermessen bereits im Sinne des Antragstellers gebraucht hat und somit nur mehr der Erstakt streitig ist. Die Baugenehmigungsbehörde wird zum Erlaß des Verwaltungsaktes oder zur Neubescheidung verpflichtet, je nachdem, ob auch ihr ein Ermessen eingeräumt ist.

dd) Baugenehmigungsbehörde und Gemeinde stehen dem Antrag ablehnend gegenüber.

Zur Baugenehmigung gemäß § 36 BBauG: Nur die Baugenehmigungsbehörde ist zu verklagen. Zur Erhebung einer Klage gegen die Gemeinde fehlt eine selbständige Beschwer. In dem Verfahren wird auch die Rechtmäßigkeit des abgelehnten Einvernehmens überprüft. Kommt das Gericht zum Ergebnis, daß sich beide Behörden rechtswidrig verhalten haben, wird die Baugenehmigungsbehörde zum Erlaß der Baugenehmigung verurteilt. Ein nochmaliges Einvernehmen ist entbehrlich. Hält das Gericht das Verhalten auch nur einer der beiden Behörden für rechtmäßig, ist die Klage abzuweisen. Die Gemeinde ist zum Verfahren beizuladen.

Die Ausnahme oder Befreiung gemäß § 31 BBauG: Der Bauwerber muß beide Behörden verklagen, die Baugenehmigungsbehörde im Wege der Verpflichtungsklage, die Gemeinde mittels der allgemeinen Leistungsklage. Beide Prozesse enden im Erfolgsfalle durch Bescheidungsurteile, da beide Behörden nach Ermessen zu entscheiden haben; das Urteil gegen die Gemeinde kann diese nur zu einem neuen Bescheid gegenüber der Baugenehmigungsbehörde, nicht gegenüber dem Kläger verpflichten.<sup>371)</sup> Für die Baugenehmigungsbehörde muß dabei beachtet werden, daß diese, falls sie nach pflichtgemäßem Ermessen den Dispens erteilen will, sich - anders als bei der Baugenehmigung als Rechtsentscheidung - nicht aufgrund des Urteils über das fehlende Einvernehmen hinwegsetzen darf. Es wird zweckmäßig sein, das zur Klarstellung im Urteilstenor zum Ausdruck zu bringen. Formuliert könnte etwa werden: "Die Baugenehmigungsbehörde wird verurteilt, den Kläger unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut

---

371) Also wie bei dem Fall oben unter bb), S. 90

zu bescheiden. Falls die Baugenehmigungsbehörde die Erteilung des Dispenses beabsichtigt, hat sie sich des Einvernehmens der Gemeinde zu versichern."

Verdichtet sich die Entscheidung der Gemeinde infolge Ermessensreduzierung auf Null zur Rechtsentscheidung, so könnte man der Ansicht sein, daß jetzt wieder allein die Verpflichtungsklage gegen die Baugenehmigungsbehörde den Rechtsschutz sicherzustellen fähig ist und deshalb für die selbständige Klage gegen die Gemeinde dem Kläger die Beschwer fehlt. Man würde sich dann aber praktische Unzuträglichkeiten einhandeln, da das Gericht auch anderer Auffassung als der Kläger sein kann und es daher für diesen ungewiß ist, ob wirklich eine Ermessensreduzierung vorliegt. Außerdem läßt sich die Frage oft auch erst durch eine eingehende Untersuchung klären, so daß sogar das Gericht selbst zunächst eine verbindliche Antwort schuldig bleiben müßte und folglich offen bliebe, welche Klageart denn nun zu wählen sei. Wegen dieser praktischen Schwierigkeiten ist es daher am besten, bei der Frage nach der Klageform die Ermessensreduzierung wie eine echte Ermessensentscheidung zu behandeln, also auch hier die allgemeine Leistungsklage gegen die Gemeinde zuzulassen. Stellt sich aber dann im Prozeß heraus, daß tatsächlich eine Ermessensreduzierung gegeben ist, und sind auch noch beide Verfahren, das gegen die Baugenehmigungsbehörde und das gegen die Gemeinde, anhängig,<sup>372)</sup> so hindert nichts das Gericht daran, die Baugenehmigungsbehörde wie bei einer sonstigen Rechtsentscheidung derart zu verpflichten, daß diese das Einvernehmen nicht mehr einzuholen braucht. Freilich darf das dem Kläger nicht zum Nachteil gereichen, etwa derart, daß dann die allgemeine Leistungsklage als nunmehr unbehelflich kostenpflichtig abgewiesen wird. Das Gericht wird statt dessen das Verfahren gegen die Gemeinde für erledigt erklären.

b) Zustimmung der nicht beteiligtenfähigen höheren Verwaltungsbehörde

aa) Beide Behörden billigen das Bauvorhaben: Wie oben, keine Klage.

372) Für beide Verfahren wird regelmäßig das gleiche Gericht zuständig sein, da die Gemeinde ihren Sitz in demselben Gerichtsbezirk haben wird - § 52 Nr. 5 VwGO -, in dem auch die Baugenehmigungsbehörde den VA erlassen hat - § 52 Nr. 3 VwGO.

bb) Die Baugenehmigungsbehörde will dem Antrag stattgeben; die höhere Verwaltungsbehörde verweigert die Zustimmung.

Der Bauwerber kann die eine Rechtsentscheidung darstellende Zustimmung<sup>373)</sup> wahlweise mittels der Verpflichtungsklage oder der allgemeinen Leistungsklage erzwingen. Beide Klagen sind gegen das Land zu richten. Obwohl beide Male der Beklagte derselbe ist, ist die allgemeine Leistungsklage sinnvoll, da sie für den Kläger das geringere Kostenrisiko darstellt.

Wollte man die Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde gemäß § 31 Abs. 2 BBauG als Ermessensentscheidung ansehen, so wäre wie beim Einvernehmen der Gemeinde nur eine allgemeine Leistungsklage zu erheben. Wenn diese auch gegen den gleichen Beklagten wie eine Verpflichtungsklage zu richten ist, so besteht für sie doch ein gesondertes Rechtsschutzbedürfnis, da die Verpflichtungsklage immer nur auf den Erlaß des Erstaktes als Verwaltungsakt abzielt und nicht auf den Erlaß des Zweitaktes. Letzterer wird lediglich bei Rechtsentscheidungen aufgrund der besonderen Urteilswirkungen entbehrlich. Bei Ermessensakten treten diese Urteilswirkungen jedoch nicht ein; der Zweitakt muß noch gesondert erlassen werden. Es entsteht deswegen bezüglich der Zustimmung ein eigener, vom Verwaltungsakt zu unterscheidender, Streitgegenstand, der auch in einem eigenen Verfahren geltend zu machen ist. Daß sich dieses gegen den gleichen Beklagten wie eine Verpflichtungsklage richtet, ändert daran nichts. Aufgrund der Verpflichtungsklage könnte das beklagte Land nicht zur Erteilung der Zustimmung verurteilt werden. Es ist daher allgemeine Leistungsklage zur Erzwingung der Zustimmung zu erheben.

cc) Die Baugenehmigungsbehörde lehnt den Antrag ab, die höhere Verwaltungsbehörde ist zur Erteilung der Zustimmung bereit.

Es ist wie beim Einvernehmen der Gemeinde nur Verpflichtungsklage zu erheben.

---

373) Auch die Zustimmung nach § 31 Abs. 2 BBauG ist Rechtsentscheidung. Ein Ermessen besitzen nur Baugenehmigungsbehörde und Gemeinde. Der höheren Verwaltungsbehörde ist nämlich nur eine Rechtskontrolle darüber eingeräumt, ob die Voraussetzungen der Befreiung vorliegen. Für eine Prüfung der Zweckmäßigkeit würde ihr auch die Sachkunde fehlen; so Zinkahn-Bielenberg, BBauG, § 31, Rdn. 85; a.A. Fickert, Bauvorhaben, § 31, Tz. 117.

dd) Beide Behörden lehnen ab.

Bei Rechtsentscheidung: Wie oben nur Verpflichtungsklage. Wenn man die Zustimmung als Ermessensakt betrachten würde, wären zwei Klagen, Verpflichtungsklage und allgemeine Leistungsklage, zu erheben und beide gegen denselben Beklagten, das Land, zu richten. Beide Klagebegehren könnten gemäß § 44 VwGO in einer Klage zusammen verfolgt werden, da sie in Zusammenhang stehen und auch dasselbe Gericht zuständig ist. Im übrigen wäre das beim Einvernehmen der Gemeinde Gesagte entsprechend zu beachten.

## II. Verpflichtungsklage

Nun zur zunächst ausgeklammerten<sup>374)</sup> Frage der Abgrenzung zwischen Verpflichtungsklage und allgemeiner Leistungsklage. Der herrschenden Meinung, welche die Verpflichtungsklage nur zur Erstreitung von Verwaltungsakten im traditionellen Sinn anwendet,<sup>375)</sup> steht die Ansicht gegenüber, daß diese Klageart auf alle Streitigkeiten im subordinationsrechtlichen Bereich anzuwenden sei, mit ihr also auch sonstige Amtshandlungen, die nicht Verwaltungsakte sind, erzwungen werden könnten und die allgemeine Leistungsklage demgemäß auf koordinationsrechtliche Streitsachen, die früheren Parteistreitigkeiten, zu beschränken sei.<sup>376)</sup>

Eine Mittelansicht vertrat der Bayer. VGH im Urteil vom 20.10.1960.<sup>377)</sup> Das Gericht hielt zunächst die Verpflichtungsklage für unzulässig,

---

374) Vgl. oben S. 80.

375) BVerwGE 14, 323 (327); 31, 301; Hess. VGH, U.v. 9.2./15.3.1968, DVBl. 1969, 502 (504); Bräutigam, DÖV 1960, 364 (367); Schäfer, DVBl. 1960, 837 (838); Rupp, AöR 85 (1960), 301 (304 ff.); Hegel, JZ 1963, 15 ff. u. DÖV 1965, 413 ff.; Schmitz, NJW 1968, 1128; Holland, JuS 1968, 559 (560 f.); Menger-Erichsen, VerwArch. 60 (1969), 385 (386 ff.); Wolff III, S. 397, 411; die VwGO-Kommentare: Koehler, § 42, Anm. B III 3 e; Ule, Vorb. II vor § 42; Klinger, § 42, Anm. A 1; Schunck-De Clerk, § 42, Anm. 4 a; Redeker-von Oertzen, § 42, Anm. 6, 96 ff.

376) Bettermann, NJW 1960, 649 f. u. DVBl. 1969, 703 ff.; Menger, Verw Arch. 52 (1961), 318 - jetzt aber in VerwArch. 60 (1969), 387 ausdrücklich aufgegeben -; Martens, JuS 1962, 245 (252); Lerche in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. II, S. 59 (71 ff.); Thomas, NJW 1968, 438 ff.; Kopp, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrenrecht, S. 211, Anm. 590; Eyermann-Fröhler, VwGO, § 42, Rdn. 4 a ff.

377) BayVBl. 1961, 58 f.; vgl. auch U.v. 14.4.1965, VerwRspr. 17 (1966), 429 (430).

wenn die beantragte Amtshandlung kein Verwaltungsakt ist. Anstatt aber die Konsequenz der herrschenden Meinung zu ziehen und die allgemeine Leistungsklage zur umfassenden Auffangklageform zu erklären, war der VGH der Meinung, § 42 VwGO regelt die Zulässigkeitsvoraussetzungen aller Streitigkeiten im Über-/Unterordnungsverhältnis abschließend und die allgemeine Leistungsklage wäre nur für Gleichordnungsverhältnisse gedacht. Folge dieser Ansicht: Wo kein Verwaltungsakt vorliegt, die Behörde aber dennoch subordinationsrechtlich tätig wird, kann der Bürger überhaupt nicht klagen, ein unter Rechtsschutzgesichtspunkten unhaltbares Ergebnis. In einem späteren Urteil vom 27.4.1967 hat der Bayer. VGH diese Meinung dann nicht mehr aufrecht erhalten und eine Klagemöglichkeit auch bei Amtshandlungen, die keine Verwaltungsakte sind, bejaht.<sup>378)</sup>

Von den verbleibenden zwei Möglichkeiten verdient die weite Anwendung der Verpflichtungsklage den Vorzug. Das sei zunächst an den praktischen Unterschieden, die sich zur herrschenden Ansicht ergeben, klargestellt und dann dogmatisch untermauert.

### 1. Praktische Unterschiede bei Anwendung der beiden Möglichkeiten

#### a) Vorverfahren

Daß bei der allgemeinen Leistungsklage kein Widerspruchsverfahren durchzuführen ist, scheint auf den ersten Blick ein Vorteil für den rechtsschutzsuchenden Bürger zu sein,<sup>379)</sup> ist aber bei näherem Hinsehen ein deutlicher Nachteil. Denn das Vorverfahren eröffnet dem Kläger eine zweite Ermessensinstanz, da die Widerspruchsbehörde neben der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns auch dessen Zweckmäßigkeit zu überprüfen hat,<sup>380)</sup> während Gerichtskontrolle immer nur Rechtmäßigkeitskontrolle ist.<sup>381)</sup> Bei Ermessensakten wird also durch ein Vorverfahren der

---

378) VGH n.F. 20 (1967), 43 (47 f.), ohne allerdings auf die frühere Ansicht einzugehen (beide Urteile stammen von verschiedenen Senaten). Zur Streiffrage: enge oder weite Anwendung der Verpflichtungsklage wurde nicht Stellung genommen, da es nicht darauf ankam.

379) BVerwGE 31, 301 (305) rechnet das dem Rechtsschutzsuchenden als Begünstigung zu - ohne weitere Begründung.

380) § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO.

381) § 114 VwGO.

Rechtsschutz erweitert.<sup>382)</sup> Der Bürger hat die Chance, daß eine ihn belastende, wenn auch rechtmäßige Maßnahme beseitigt wird, was ihm im Gerichtsverfahren nicht geschehen könnte. Dieser Aspekt verdient gerade im Zusammenhang mit den Mitwirkungsakten Bedeutung, wenn man wie hier weitgehend eine selbständige Klage gegen den Zweitakt, der eine Ermessensentscheidung darstellt, eröffnet.

Aber auch bei reinen Rechtsentscheidungen ist die Durchführung eines Widerspruchsverfahrens für den Bürger vorteilhafter als eine sofortige Klage. Ganz abgesehen davon, daß auch hier das Vorverfahren eine weitere Instanz eröffnet, kommt es dem Bürger erfahrungsgemäß nicht immer unbedingt auf eine gerichtliche Überprüfung seines Falles an, sondern nur darauf, daß die Angelegenheit überhaupt von einer weiteren Stelle nochmals behandelt wird, mag das auch eine Verwaltungsbehörde sein. Mit deren Entscheidung geben sich dann viele zufrieden, auch wenn sie wieder negativ ausfällt.<sup>383)</sup> Ihnen allen nützt das Vorverfahren, da die Widerspruchsbehörde nicht an die Förmlichkeiten des gerichtlichen Verfahrens gebunden ist und daher schneller und kostensparender arbeiten kann. Auch für die Verwaltung ist es günstig, wenn sie ihre Entscheidung nochmals überprüfen kann und dadurch eventuell ein Prozeß vermieden wird.<sup>384)</sup>

Ein weiterer Vorzug des Widerspruchsverfahrens besteht darin, daß die Widerspruchsbehörde als Verwaltungsbehörde in der Regel bessere Sachkenntnis und größere Erfahrung als ein Gericht besitzen wird,<sup>385)</sup> weil die Verwaltung den näheren Kontakt zum Bürger unterhält.

Diese Andeutungen mögen bereits genügen, um erkennen zu lassen, daß es für den Rechtsschutzsuchenden wesentlich günstiger ist, wenn vor Erhebung der Klage das Vorverfahren durchzuführen ist.

---

382) Darauf weisen hin: Bettermann, DVBl. 1969, 703; Ule, VerwArch. 62 (1971), 114 (120); Eyermann-Fröhler, VwGO, § 42, Rdn. 4 b.

383) Vgl. die bei Ule, VerwArch. 62 (1971), 114 (120) angegebenen Zahlen: Z.B. in Rheinland-Pfalz werden weniger als 7% der durch ein Vorverfahren entschiedenen Fälle vor das VG gebracht. In Bayern hat sich die mit Gesetz v. 27.10.1970 (GVB, S. 469) erfolgte Abschaffung sehr negativ durch eine größere Belastung der Gerichte ausgewirkt.

384) So Bettermann, DVBl. 1969, 703.

385) Dazu und zu weiteren Bedeutungen des Vorverfahrens Kopp, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht, S. 112 ff., 127.

## b) Klagefrist

Ein echter Vorteil der allgemeinen Leistungsklage für den Bürger ist es dagegen, daß sie nicht befristet ist. Dem steht allerdings das Interesse der Verwaltung gegenüber, nicht nach Jahren noch mit einer Klage auf den Erlaß schlichter Amtshandlungen konfrontiert zu werden. Diesem Verwaltungsinteresse ist bei einer Abwägung der Vorzug zu geben.<sup>386)</sup> Entgegen einer geäußerten Ansicht<sup>387)</sup> besteht wie bei Verwaltungsakten auch bei sonstigen Amtshandlungen ein Interesse an einer zeitlichen Einschränkung des Verwaltungsrechtsschutzes. Das zeigt sich ganz deutlich beim mehrstufigen Verwaltungsakt. Es wäre doch etwas seltsam, wenn bei der Verpflichtungsklage gegen die Erstbehörde die Monatsfrist des § 74 VwGO einzuhalten wäre, eine gegen die Zweitbehörde zulässige allgemeine Leistungsklage dagegen noch nach Jahr und Tag erhoben werden könnte. Die Diskrepanz wird unerträglich, wenn beide Klagen gar nebeneinander zulässig sind.<sup>388)</sup> Die Existenz eines Verwaltungsaktes ist kein sachdienliches Kriterium für eine unterschiedliche Normierung von Klagefristen gegenüber schlichten Amtshandlungen.

## c) Antragsverfahren

Ein weiterer Unterschied besteht darin, daß vor Erhebung der Verpflichtungsklage der begehrte Verwaltungsakt immer zuerst bei der Behörde beantragt werden muß, was sich aus den §§ 68 Abs. 2, 74 Abs. 2, 75, 76, 78 Abs. 1 VwGO ergibt.<sup>389)</sup> Die allgemeine Leistungsklage setzt aufgrund des Gesetzes kein derartiges Antragsverfahren voraus - die angeführten Vorschriften sind sämtlich "besondere Vorschriften für Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen" -, was zur Folge hat, daß unter Umgehung der Verwaltungsbehörde sofort das Gericht angerufen werden kann. Es spricht viel dafür, daß dadurch das Prinzip der Gewaltentrennung verletzt wird,<sup>390)</sup> weil die Erstentscheidung über ein Rechtsverhältnis durch ein Gericht vorgenommen wird, während die der Judikative durch das Gewaltenteilungsschema zugewiesene Kontrollfunktion doch begrifflich voraussetzt, daß zu-

386) So Bettermann, DVBl. 1969, 703 f.; Eyermann-Fröhler, VwGO, § 42, Rdn. 4 b.

387) Ule, VwGO, Vorb. II vor § 42; Menger-Erichsen, VerwArch. 60 (1969), 385 (388) - dagegen wie hier Menger, VerwArch. 52 (1961), 318.

388) Z.B. bei ablehnender Haltung von Baugenehmigungsbehörde und Gemeinde im Fall des § 31 BBauG, vgl. oben S. 91.

389) Dazu Bettermann, DVBl. 1969, 703.

390) So Eyermann-Fröhler, VwGO, § 42, Rdn. 4 b.

erst eine Entscheidung der Verwaltung vorliegen muß, da erst dann eine Kontrolltätigkeit möglich ist. Als Entscheidung in diesem Sinne wird man zwar die Untätigkeit einer Behörde auf einen gestellten Antrag - vgl. § 75 S. 1, 2. Alternative VwGO - ansehen können, da ein derartiges Verhalten auch eine Entscheidung, nämlich durch schlüssiges Verhalten, darstellt, nicht aber die Untätigkeit der Behörde, an die kein Antrag des Bürgers herangetragen wurde. Denn dieser Behörde kann vielleicht der geltend gemachte Anspruch unbekannt sein, so daß ihr die Gelegenheit fehlt, sich dazu zu äußern und eine Erstentscheidung herbeizuführen. Die übliche Ansicht, bei schlichten Amtshandlungen brauche vor Anrufung des Gerichts die Verwaltung nicht tätig geworden sein, billigt damit wohl einen Eingriff in den Kernbereich der Exekutive durch eine fremde Gewalt.<sup>391)</sup> Diese Bedenken lassen sich freilich nicht nur durch die erweiterte Anwendung der Verpflichtungsklage, sondern auch dadurch ausräumen, daß man auch bei der allgemeinen Leistungsklage ein vor Erhebung der Klage durchzuführendes Antragsverfahren fordert.<sup>392)</sup>

#### d) Klage auf Ermessensleistung

Es wurde schon darauf hingewiesen, daß aus Rechtsschutzgründen auch beim schlichten Leistungsprozeß zwischen einem Vornahmeurteil und einem Bescheidungsurteil bei Ermessensakten unterschieden werden muß.<sup>393)</sup> Also in einem weiteren Punkt eine Angleichung an die Verpflichtungsklage, was Bettermann<sup>394)</sup> zu Recht mit der Frage quittiert, ob es dann nicht näher liege, gleich die Verpflichtungsklage bei schlichten Amtshandlungen zuzulassen.

#### e) Vollstreckung

Es bestehen schließlich Unterschiede in der Zwangsvollstreckung.<sup>395)</sup> Ein Verpflichtungsurteil kann nur wegen der Kosten für vorläufig vollstreck-

---

391) So Kopp, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht, S. 239. Dort weitere Vertiefung des hier nur angedeuteten Problems.

392) In diesem Sinne Kopp, aaO.

393) Oben S. 90.

394) DVBl. 1969, 703.

395) Dazu OVG Münster, U.v. 22.2.1961, DÖV 1961, 469.

bar erklärt werden - § 167 Abs. 2 VwGO -, ein auf eine allgemeine Leistungsklage ergehendes Urteil dagegen in vollem Umfang. Verpflichtungsurteile sind nach § 172 VwGO zu vollstrecken, reine Zahlungsurteile nach § 170 VwGO. Hier ergeben sich echte Begünstigungen für den Kläger der schlichten Leistungsklage,<sup>396)</sup> deren Bedeutung freilich nur gering veranschlagt werden kann.

### Zusammenfassung:

Die praktischen Konsequenzen lassen es als geraten erscheinen, die Verpflichtungsklage auch auf schlichte Amtshandlungen anzuwenden. Teils wird dadurch der Kläger besser gestellt (Vorverfahren), teils müssen verfassungsrechtliche Bedenken ausgeräumt werden (Antragsverfahren, Klage auf Ermessensleistung), teils gebietet das Interesse der Verwaltung eine Gleichbehandlung (Klagefrist). Der einzig verbleibende Vorzug für den Kläger im Bereich der Vollstreckung ist zu unbedeutend, um dieses Ergebnis ernsthaft anzweifeln zu können.

Eine prozessual unterschiedliche Behandlung von Verwaltungsakten und schlichten Amtshandlungen verstößt deshalb gegen das Gebot der Gleichbehandlung von im wesentlichen gleichen Sachverhalten.<sup>397)</sup>

Ein Ausweg wäre freilich auch die analoge Anwendung der §§ 68 ff. VwGO oder eines Teils von ihnen auf die allgemeine Leistungsklage.<sup>398)</sup> Doch wird dann fraglich die Behandlung von Streitigkeiten im Gleichordnungsverhältnis, die nach jeder Auffassung im Wege des schlichten Leistungsprozesses auszutragen sind. Diese sind von hoheitlichen Akten - nur solche umfaßt der Begriff "Amtshandlung" im hier verwendeten Sinne - so verschieden, daß für sie eine prozessuale Behandlung ohne Anleihen bei den nachträglichen Streitsachen billig ist.<sup>399)</sup> Denn Vorverfahren, Fristen - abgesehen von Verjährung und Verwirkung - und Antragsverfahren passen nach ihrem Zweck

---

396) So auch Bettermann, DVBl. 1969, 703.

397) Bettermann, NJW 1960, 649 (650).

398) Hess. VGH, U.v. 9.2./15.3.1968, DVBl. 1969, 502 (504); Hegel, JZ 1963, 15 (16); Schmitz, NJW 1968, 1128; vgl. auch Eyermann-Fröhler, VwGO, § 42, Rdn. 4 c.

399) Dazu ausführlich Lerche in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. II, S. 59 ff.

nicht für Sachverhalte, bei denen sich die Verwaltung auf eine Ebene mit dem Bürger begibt. Man müßte daher trennen zwischen einer allgemeinen Leistungsklage in subordinationsrechtlichen Streitigkeiten, bei der Vorschriften der Verpflichtungsklage analog anzuwenden wären, und einer allgemeinen Leistungsklage bei koordinationsrechtlichen Streitigkeiten, wo das nicht der Fall ist. Demgegenüber bedeutet es eine bessere und klarere Lösung, die Verpflichtungsklage selbst auf alle subordinationsrechtlichen Streitsachen auszudehnen, da dann nicht ein und dieselbe Klageart differenziert gehandhabt werden muß.

## 2. Dogmatische Begründung

Zur dogmatischen Rechtfertigung werden zwei Lösungen vertreten:

a) Eyermann-Fröhler<sup>400)</sup> statuieren einen "weiten Begriff des Verwaltungsaktes", der neben den Verwaltungsakten der herrschenden Lehre auch die sonstigen "hoheitlichen, d.h. im Subordinationsverhältnis ergehenden Amtshandlungen" umfasse. Verwaltungsakte im Sinne der VwGO seien derartige Verwaltungsakte im weiteren Sinne, folglich sei die Verpflichtungsklage auf alle Amtshandlungen anwendbar.

Dieser Konstruktion, die im Ergebnis zu billigen ist, muß jedoch angelastet werden, daß sie unnötig einen zweiten Verwaltungsaktsbegriff schafft.<sup>401)</sup> Sie legt den Umkehrschluß nahe, daß es außerhalb der VwGO einen Verwaltungsakt im engen Sinn gebe. Es ist aber nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber der VwGO einen neuen Verwaltungsaktsbegriff schaffen wollte. Da trotz immer wieder unternommener Angriffsversuche gegen den überkommenen Verwaltungsaktsbegriff<sup>402)</sup> es den Anschein hat, daß dieser

---

400) VwGO, § 42, Rdn. 14; ähnlich auch Maunz-Dürig, GG, Art. 19 IV, Rnd. 11, 24: Aus Rechtsschutzgründen müsse jede Hoheitsmaßnahme als VA qualifiziert werden. Ob das Verfassers allerdings auch heute - die Kommentierung wurde 1958!, also vor Inkrafttreten der VwGO geschrieben - noch, angesichts der weiten Anerkennung der allg. Leistungsklage, vertreten, scheint fraglich.

401) Ablehnend Hegel, JZ 1963, 15 (16 f.) u. DÖV 1965, 413 ff.; Naumann in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. II, S. 365 (377); Wolff I, S. 325.

402) Vgl. oben S. 25, Fußn. 135).

seine dominierende Rolle im Bereich des Verwaltungsrechts noch weiter beibehalten wird, sollte man, sofern man es nicht gerade darauf anlegt, Außenseitermeinungen ohne Hoffnung auf Realisierung in der Praxis zu vertreten, von seiner Relativierung nach Möglichkeit absehen und einen einheitlichen Begriff beibehalten. Eine Abweichung sollte man sich nur bei zwin- gender Notwendigkeit gestatten, die aber hier nicht vorliegt, weil das ge- wünschte Ergebnis - erweiterte Anwendung der Verpflichtungsklage - sich auch durch eine konstruktiv weniger aufwendige Lösung verwirklichen läßt.

b) Diese besteht darin, daß man die Verpflichtungsklage auf alle Amts- handlungen im subordinationsrechtlichen Bereich (analog) anwendet, sich da- bei also über den Ausdruck "Verwaltungsakt" in § 42 VwGO hinwegsetzt.<sup>403)</sup>

Dem ist vorgeworfen worden, daß dadurch zu Unrecht der Wortlaut des § 113 Abs. 4 VwGO, der von "Amtshandlung" spricht, in § 42 VwGO hinein- interpretiert werde.<sup>404)</sup> Dieser gegen eine mißverständene Formulierung von Bettermann<sup>405)</sup> gerichtete Einwand beruht zwar auf einem richtigen Kern, vermag aber die hier vertretene Ansicht dennoch nicht zu erschüttern. § 113 VwGO befaßt sich mit dem Urteilsinhalt, während § 42 die Zulässigkeit der Klage regelt. § 42 geht dem § 113 daher systematisch vor, so daß mit "Amtshandlung" in § 113 Abs. 4 dasselbe wie in § 42 gemeint sein muß, nämlich nur ein Teilbereich der Amtshandlungen: die Verwaltungsakte. Außerdem spricht auch § 113 Abs. 4 in seinem ersten Halbsatz ebenfalls von "Verwaltungsakt", so daß auch aus diesem Grund nicht angenommen werden kann, daß mit "Amtshandlung" ein neuer Begriff eingeführt werden sollte. Das Problem liegt aber gar nicht darin, ob § 42 von § 113 her auszulegen ist, so daß der Wortlaut des § 113 Abs. 4 zur Verteidigung der weiten Anwendung der Verpflichtungsklage gar nicht herangezogen werden braucht. Aus diesem Grunde hat auch Bettermann seine mißverständene Betrachtungsweise spä- ter mit den Worten klargestellt: "Selbst wenn auch § 113 Abs. 4 überall nur

---

403) So die Übrigen der oben S. 94, Fußn. 376) Genannten.

404) BVerwGE 31, 301 (304); Schäfer, DVBl. 1960, 837 (838); Hegel, JZ 1963, 15 f. u. DÖV 1965, 413 (415).

405) NJW 1960, 649 (650).

von Verwaltungsakt reden würde, wäre die Verpflichtungsklage auf schlichte Amtshandlungen zu erstrecken."<sup>406)</sup> Die Verpflichtungsklage ist mithin nicht deshalb auf schlichte Amtshandlungen auszudehnen, weil § 113 Abs. 4 VwGO den Begriff der "Amtshandlung" enthält, sondern allein deshalb, weil die prozessual verschiedene Behandlung von Verwaltungsakt und sonstiger Amtshandlung sachlich nicht gerechtfertigt ist, wie an Hand der praktischen Konsequenzen gezeigt wurde.

Um das mit dem Klagensystem der VwGO in Einklang zu bringen, ist es notwendig, sich wieder auf die Unterscheidung von Subordinations- und Koordinationsstreitsachen (= Parteistreitigkeiten) zu besinnen,<sup>407)</sup> der bereits den Verwaltungsgerichtsgesetzen der am. Zone zugrunde lag, dagegen in der VwGO nicht mehr ausdrücklich normiert ist, weshalb man meist ohne ihn auszukommen glaubt. Daß das ein Rückschritt ist, zeigt ein Blick auf das materielle Recht, dessen Verwirklichung das Prozeßrecht ja zu dienen hat. Erste und wichtigste Untergliederung aller öffentlich-rechtlichen Tätigkeiten der Verwaltung - das rein privatrechtliche Handeln soll hier außer Betracht bleiben - ist die in die Bereiche der obrigkeitlichen und der schlichten Hoheitsverwaltung (i. weit. S.).<sup>408)</sup> Entstehende Rechtsverhältnisse mit dem Bürger sind im ersten Fall durch ein Unterwerfungsverhältnis des Einzelnen zum Staat - typisch ist der Verwaltungsakt -, im zweiten Fall dagegen durch das gleichberechtigte Nebeneinandertreten von Bürger und Verwaltung wie etwa beim öffentlich-rechtlichen Vertrag gekennzeichnet. Aus der unterschiedlichen Stellung der Verwaltung resultieren unterschiedliche Befugnisse. Im Bereich der Über-/Unterordnung darf die Verwaltungsbehörde einseitig Rechtsfolgen festsetzen und mit den Mitteln des Zwangs in die Freiheitssphäre des Bürgers eingreifen. Im Bereich der Gleichordnung muß sie den Weg der Vereinbarung wählen, um zur Durchsetzung ihrer Ziele zu gelangen. Erst wenn man die beiden Gruppen behörd-

---

406) DVBl. 1969, 703 (704).

407) Vgl. Lerche in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. II, S. 59 (71 ff.); Eyermann-Fröhler, VwGO, § 40, Rdn. 3 ff., § 42, Rdn. 14; gegen diese Unterscheidung etwa Hegel, DÖV 1965, 413 (414); zum Klagensystem nach dem VGG z.B. Bachof, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, S. 8 f.

408) Dazu z.B. Wolff I, S. 108 f.; vgl. auch Eyermann-Fröhler, VwGO, § 40, Rdn. 3 ff.

lichen Handelns weiter untergliedert, kommt man auf den Verwaltungsakt. Er ist zwar typisches, aber nicht alleiniges Gestaltungsmittel der obrigkeitlichen Verwaltung, zu der auch schlichte Amtshandlungen rechnen.

Es liegt nun nahe, entsprechend dieser Verhältnisse im Bereich des materiellen Rechts auch im Prozeßrecht sich an die dargebotene Gliederung zu halten und über die Einteilung in durch Verwaltungsakt entschiedene und übrige Streitigkeiten eine solche in subordinationsrechtliche und koordinationsrechtliche Streitsachen zu stellen. Denn die unterschiedlichen Befugnisse der Verwaltung bedingen eine unterschiedliche prozessuale Behandlung. Es leuchtet ein, daß da, wo dem Staat einseitige Eingriffsbefugnisse zustehen, der Rechtsschutz anders gestaltet sein muß als da, wo er sich auf eine Ebene mit dem Bürger begibt. Die Ungereimtheiten, zu denen die herrschende Meinung bei der Abgrenzung von Verpflichtungsklage und allgemeiner Leistungsklage gelangt, zeigen das hinlänglich. Es ist daher unrichtig, die allgemeine Leistungsklage als ein Sammelbecken für alle nicht eigens normierten Streitsachen aus subordinations- wie aus koordinationsrechtlichen Verhältnissen aufzufassen.

Wie aber nun gerade die Verpflichtungsklage als alleinige Leistungsklage für Subordinationsstreitsachen zu dienen hat, hat Lerche<sup>409)</sup> dogmatisch untermauert. Nach ihm sind drei sich überschneidende Rechtskreise auseinanderzuhalten. Der erste (a) enthält die Unterscheidung von koordinations- und subordinationsrechtlichen Streitigkeiten, der zweite (b) umschließt die möglichen Begehrensformen von Gestaltungs-, Leistungs- und Feststellungsklage, der dritte (c) befaßt sich mit den Klagetypen wie Anfechtungs-, Verpflichtungsklage. Zu beachten ist dabei, daß oft nicht eigene Begriffe für jede der drei Gruppen zur Verfügung stehen. So ist die allgemeine Leistungsklage ein Klagetyp nach c), keine Begehrensform im Sinne von b). Der erste Rechtskreis wirke nun derart in die übrigen Rechtskreise hinein, daß alle subordinationsbezogenen Leistungsklagen (im Sinne von b) einen eigenen Komplex bilden. Da aber die VwGO mit dem Klagetyp der Verpflichtungsklage (Rechtskreis c) die subordinationsbezogenen Leistungsklagen (b) abschließend geregelt habe, sei für eine allgemeine Leistungsklage als weiterem Klagetyp einer subordinationsbezogenen Leistungsklage kein Raum. Diese Klageform gehöre vielmehr in den Bereich

---

409) In: Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. II, S. 71 ff.

der Gleichordnungsverhältnisse, in dem die VwGO keinen besonders normierten Klagetyp zur Verfügung gestellt habe. Daß die VwGO die Verpflichtungsklage auf Verwaltungsakte beschränke, sei demzufolge ein sich aus der Systematik des Gesetzes selbst ergebender Fehler, der durch die erweiterte Anwendung dieser Klageart zu korrigieren sei.

Die hier vertretene Ansicht entspricht somit nicht nur dem Zweck eines vernünftigen Rechtsschutzes, sondern auch dem Sinn der VwGO zugrunde liegenden Systematik. Die herrschende Meinung kann genau genommen nur den Wortlaut des § 42 VwGO zur Rechtfertigung anführen, weshalb man ihr mit Bettermann<sup>410)</sup> "Begriffs-, ja Buchstabenjurisprudenz" vorwerfen muß. Daß die erweiterte Anwendung der Verpflichtungsklage dem Geist der VwGO nicht widerspricht, zeigt auch die bekannte Tatsache, daß der Gesetzgeber eine Vorschrift des Inhalts vorgesehen hatte, daß Rechtsschutz mit Gestaltungs-, Feststellungs- und Leistungsklage begehrt werden könne, diese aber wieder gestrichen hatte, weil befürchtet wurde, die Rechtsentwicklung könne beeinträchtigt werden.<sup>411)</sup> Das läßt erkennen, daß der Gesetzgeber das von ihm normierte Klagensystem durchaus nicht als starres Schema, das buchstabengetreu anzuwenden wäre, begriffen hat, sondern mit einer dem Zweck optimalen Rechtsschutzes dienenden Weiterentwicklung gerechnet und sie ausdrücklich gebilligt hat. Die Ausdehnung der Verpflichtungsklage ist eine solche im Rahmen der VwGO mögliche Weiterentwicklung, die daher auch dem objektiven Willen des Gesetzgeber entspricht.

Zu den Klagemöglichkeiten gegen behördliche Mitwirkungsakte ist nunmehr eine Berichtigung anzubringen. Überall, wo die allgemeine Leistungsklage zur Erzwingung des Zustimmungsaktes für zulässig erachtet wurde,<sup>412)</sup> ist das dahingehend richtig zu stellen, daß anstelle dieser Klageart Verpflichtungsklage zu erheben ist. Sonst ändert sich aber nichts; insbesondere bleibt das Verhältnis der beiden Klagen gegen Erst- und Zweitbehörde wie

---

410) DVBl. 1969, 703 (704).

411) Zur Entstehungsgeschichte der VwGO z.B. Schäfer, DVBl. 1960, 837.

412) Vgl. oben S. 80 ff.

oben dargelegt. Die Zulässigkeit der Klage gegen die Mitwirkungsbehörde ergibt sich jetzt natürlich direkt aus § 42 Abs. 2 VwGO. Sie ist deshalb jedoch nicht anders<sup>413)</sup> zu beurteilen, d.h. der Bürger wird auch jetzt nicht in seinen Rechten verletzt, wenn eine Klage gegen die Erstbehörde den Rechtsschutz voll sicherstellt. Denn die Präponderanz des Verwaltungsaktes bleibt gleichwohl erhalten. Ist die Verpflichtungsklage nach diesseitiger Auffassung auch nicht an das Vorliegen eines Verwaltungsaktes gebunden, so übt dieser seine Vorrangstellung dennoch aus, indem grundsätzlich nur er einen Eingriff in Rechte des Einzelnen zu schaffen imstande ist und internem Verwaltungshandeln diese Eingriffswirkung nur ausnahmsweise zukommen kann. Auch bleibt es dabei, daß unter Umständen zwei (Verpflichtungs-) Klagen gegen denselben Beklagten zu richten sind.<sup>414)</sup> Denn wenn einmal eine selbständige Klage zur Erzwingung des Zweitaktes zulässig ist, liegt ein neuer Streitgegenstand vor, der von der Klage gegen die Erstbehörde nicht mehr umfaßt wird.

---

413) Vgl. oben S. 83 ff.

414) Vgl. oben S. 88 f. u. S. 94 unter dd).

## B. Die Klage gegen einen Verwaltungsakt der Zweitbehörde

Wenn die Rechtsordnung einer Mitwirkungshandlung Verwaltungsaktsqualität zuerkennt (Verwaltungsakt "ipso iure"), <sup>415)</sup> ist diese stets mit der Verpflichtungsklage erzwingbar. Besondere Probleme entstehen dabei nicht, weshalb die Sache nicht weiter verfolgt zu werden braucht.

Problematisch ist dagegen die prozessuale Behandlung eines Verwaltungsakts "expressis verbis", <sup>416)</sup> von der nun die Rede sein soll. Erläßt die Mitwirkungsbehörde bei der Ablehnung der Zustimmung - fehlerhafterweise - einen Verwaltungsakt, ist dieser auf jeden Fall mit der Anfechtungsklage angreifbar. Die Verpflichtungsklage kommt regelmäßig nicht in Betracht, da der Bürger keinen Anspruch darauf hat, daß die positive Einverständniserklärung durch Verwaltungsakt ihm gegenüber erklärt wird. Eine allgemeine Leistungsklage (bei Anwendung des Klagensystems der herrschenden Meinung) bzw. Verpflichtungsklage (nach hier vertretenem Klagensystem) ist aber in den Ausnahmefällen zulässig, wo aus Rechtsschutzgründen eine selbständige Leistungsklage zur Erzwingung des Zweitaktes eröffnet ist. Diese Verpflichtungsklage macht, abweichend von dem Grundsatz, daß eine erfolgreiche Verpflichtungsklage stets auch zur Aufhebung eines Ablehnungsbescheides führt, eine daneben erhobene Anfechtungsklage daher unzulässig ist <sup>417)</sup>, hier die Erhebung der Anfechtungsklage nicht überflüssig. Denn die Verpflichtungsklage kann nur den Erlaß eines Internums erzwingen, demgegenüber die Behörde durch ihren Verwaltungsakt eine selbständige Beschwer geschaffen hat, die gesondert geltend zu machen ein Rechtsschutzbedürfnis besteht.

Wie nun das Gericht nach erhobener Anfechtungsklage die Mitwirkung zu behandeln hat, war eine Zeit lang umstritten. Das Bundesverwaltungsgericht <sup>418)</sup> vertrat ursprünglich die Auffassung, das Gericht habe die Frage, ob die Behörde durch Verwaltungsakt entscheiden durfte, auszuklammern

---

415) Vgl. oben S. 51 f.

416) Vgl. oben S. 48 ff.

417) Dazu z.B. Eyermann-Fröhler, VwGO, § 42, Rdn. 10; Redeker-von Oertzen, VwGO, § 42, Anm. 3, 7; beide mit weiteren Nachweisen.

418) BVerwGE 16, 116 (127); 21, 354 (355 f.).

und die Rechtmäßigkeit des Verhaltens der Zweitbehörde nach den sonstigen Vorschriften zu prüfen. Begründet wurde das mit der prozeßökonomischen Forderung nach effektivem Rechtsschutz. War also die Verweigerung des Einverständnisses vom materiellen Recht her gerechtfertigt, m.a.W. wäre die Versagung der Zustimmung, wenn sie wie vom Gesetz vorgesehen nur der Erstbehörde gegenüber abgegeben worden wäre, rechtmäßig gewesen, so war die Anfechtungsklage als unbegründet abzuweisen. Es blieb dabei also völlig außer Betracht, daß sich die Zweitbehörde ein Verhalten ange- maßt hat, zu dem sie nicht befugt war.

Nach einer anderen Ansicht, der sich das Bundesverwaltungsgericht nun ausdrücklich unter Aufgabe seiner früheren Meinung angeschlossen hat,<sup>419)</sup> hat das Gericht den Verwaltungsakt allein deswegen aufzuheben, weil die Mitwirkungsbehörde zu seinem Erlaß nicht befugt war. Eine sachliche Prüfung findet nicht statt. Die Anfechtungsklage ist daher immer begründet. Das Bundesverwaltungsgericht hat dagegen entgegen seiner früheren Auffassung nicht mehr das Bedenken, daß dadurch der Rechtsschutz verkürzt werde, weil der Bürger mit einer erfolgreichen Klage gegen die Zweitbehörde ja noch nicht den begehrten Verwaltungsakt, mit dem ihm allein gedient ist, bekäme, er daher auf jeden Fall noch gegen die Erstbehörden klagen müßte.

Meines Erachtens ist die alte Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts im Ergebnis zutreffender und zwar aus einem Gesichtspunkt, den das Gericht nicht ausdrücklich herangezogen hat. Das Gesetz knüpft in § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO die Begründetheit der Anfechtungsklage an zwei Voraussetzungen: "Soweit der Verwaltungsakt rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist, ...". Die erste Voraussetzung ist zweifellos erfüllt. Der Verwaltungsakt ist rechtswidrig. Fraglich ist aber, ob der Kläger in seinen Rechten verletzt ist.

---

419) BVerwG, U.v. 23.10.1968, NJW 1969, 444; OVG Koblenz, U.v. 12.12.1963, DVBl. 1964, 540 (542); VGH Mannheim, U.v. 23.3.1966, DVBl. 1967, 205 (206); Marschall, FStrG, § 9, Rdn. 3.3; Eyermann-Fröhler, VwGO, § 42, Rdn. 56 e a.E.; Redeker-von Oertzen, VwGO, § 42, Anm. 58.

Dazu zunächst eine praktische Überlegung. Bei ordnungsgemäßigem Vorgehen der Zweitbehörde erfährt der Bürger erst aus der Hand der Erstbehörde, daß seinem Begehren wegen Verweigerung der Zustimmung nicht entsprochen werden kann. Wenn die ablehnende Haltung der Mitwirkungsbehörde mit dem materiellen Recht in Einklang steht, wird der Bewerber nicht in seinen Rechten verletzt. Soll das nun wirklich anders sein, wenn die Kenntnis vom verweigerten Einverständnis nicht auf dem Umweg über die Erstbehörde, sondern unmittelbar an den Betroffenen gelangt?

Die Frage läuft darauf hinaus, ob eine Rechtsverletzung allein darin liegt, daß sich die Behörde in der Art des Tätigwerdens vergreift, hier konkret einen Verwaltungsakt erläßt anstatt lediglich eine verwaltungsinterne Erklärung abgibt. Da es sich dabei um die Verletzung einer Verfahrensvorschrift handelt, kommt es nach überwiegender Ansicht<sup>420)</sup> darauf an, ob ein subjektives öffentliches Recht des Bürgers auf Einhaltung der Verfahrensnorm besteht, was nur der Fall ist, wenn die betreffende Vorschrift eine Begünstigung des Einzelnen bezweckt und nicht nur als Nebenwirkung enthält. Daß das Mitwirkungsverfahren sich im Internbereich der Verwaltung abspielt, ist für den Bürger zwar von Vorteil, der Gesetzgeber wollte damit aber keine spezifische Begünstigung des Betroffenen erreichen. Das Verfahren wurde von ihm deshalb in der vorliegenden Form gestaltet, weil er es so als am zweckmäßigsten ansah. Schließlich kann man, wie der Streit um die Verwaltungsaktsqualität der Mitwirkung zeigt, auch verschiedener Ansicht darüber sein, ob ein Internum für den Bürger wirklich eine Besserstellung bedeutet. Dieser wird somit durch das fehlerhafte Verhalten der Zweitbehörde nicht in seinen Rechten verletzt.<sup>421)</sup> Etwas anderes würde dann gelten, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, daß der Verfahrensfehler die Sachentscheidung beeinflußt hat.<sup>422)</sup> Das wird im gegebenen Fall nicht vorliegen, da die Tatsache, daß die Zweitbehörde einen Verwaltungsakt erläßt, keinen Einfluß auf die sachliche Richtigkeit der Entscheidung hat.

---

420) Zusammenfassend mit Hinweis auf abweichende Meinungen z.B. Bartlsperger, DVBl. 1970, 30.

421) Das entspricht auch § 36 EVwVerfG 1963.

422) So auch § 36 EVwVerfG 1963. Vgl. dazu auch Kopp, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrenrecht, S. 97.

Nicht richtig ist es dagegen, wenn man wie das OVG Koblenz<sup>423)</sup> den Fehler der Mitwirkungsbehörde als Verletzung einer Zuständigkeitsnorm ansieht und der hier vertretenen Ansicht vorwirft, nach ihr müßte konsequenterweise auch die Anfechtungsklage gegen einen von einer unzuständigen Behörde erlassenen Verwaltungsakt abgewiesen werden, wenn dieser nur sachlich gerechtfertigt sei. Die Zweitbehörde bleibt aber gerade im Rahmen ihrer materiellen Zuständigkeit, sie vergreift sich lediglich in der Form der Entscheidung. Der Fall des Finanzamtes, das eine vom materiellen Recht her gerechtfertigte Baugenehmigung erläßt, ist von dem der durch Verwaltungsakt entscheidenden Zweitbehörde doch wohl zu trennen.

Auch praktische Erwägungen erzwingen keine andere Beurteilung. Sicher kommt der Bürger mit einer erfolgreichen Anfechtungsklage noch nicht zu der Baugenehmigung. Aber die im Einklang mit § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO stehende Lösung belastet ihn auch nicht unnötig. Verhält sich überdies nur die Zweitbehörde ablehnend, so besteht immerhin die Chance, daß der Streit bereits sein abschließendes Ende findet. Der einzige Nachteil wäre, daß der Kläger bei Abweisung der Klage die Kosten tragen müßte,<sup>424)</sup> die bei korrektem Vorgehen der Zweitbehörde nicht entstanden wären. Es hindert aber nichts das Gericht daran, die Kosten in diesem Falle gemäß § 155 Abs. 5 VwGO der Mitwirkungsbehörde aufzuerlegen, die durch ihr Verschulden den Kläger in einen nicht notwendigen Prozeß "getrieben" hat.

Das Gericht hat also auf die erhobene Anfechtungsklage hin die materielle Rechtmäßigkeit der Entscheidung zu prüfen. Bejaht es sie, wird der Kläger nicht gemäß § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO in seinen Rechten verletzt; die Klage ist unbegründet. Verneint es sie, hat die Klage Erfolg. Freilich wird dann nur der ablehnende Verwaltungsakt aufgehoben, nicht aber die Zweitbehörde zu positiver Leistung verurteilt.<sup>425)</sup> Dazu dienen - falls die Zweitbehörde nicht, wie jedoch erwartet werden kann, freiwillig die Zustimmung erklärt - nur die stets zulässigen Rechtsbehelfe: Verpflichtungsklage gegen die Erstbehörde, ausnahmsweise auch gegen die Mitwirkungsbehörde.

---

424) § 154 Abs. 1 VwGO.

425) Vgl. oben S. 106.

### C. Verhältnis der Klagen gegen Erst- und Zweitakt zueinander

Richten sich die beiden zur Erzwungung von Erst- und Zweitakt nebeneinander zulässigen Klagen gegen verschiedene Körperschaften, so stehen diese zueinander im Verhältnis der notwendigen Streitgenossenschaft (§ 64 VwGO i.V.m. § 62 ZPO)<sup>426)</sup> Da Erst- und Zweitakt eine Einheit bilden, was sich besonders daran zeigt, daß die Verweigerung des Einverständnisses auch die Erstbehörde zur Ablehnung zwingt, kann das streitige Rechtsverhältnis beiden Beklagten gegenüber nur einheitlich festgestellt werden.

Sollten für beide Klagen verschiedene Gerichte örtlich zuständig sein, so ist eine Anordnung des Oberverwaltungsgerichts nach § 53 Abs. 1 Nr. 3 VwGO, durch die ein einziges Gericht für zuständig erklärt wird, dringend zu empfehlen.<sup>427)</sup> Den Antrag dazu kann auch der Kläger stellen (§ 53 Abs. 3 VwGO).

Richten sich die beiden Klagebegehren gegen denselben Beklagten und ist auch dasselbe Gericht - notfalls gemäß Anordnung nach § 53 Abs. 1 Nr. 3 VwGO - zuständig, dann können sie, da sie im Zusammenhang stehen, in einer Klage zusammen verfolgt werden (§ 44 VwGO).

---

426) So generell die Anhänger der Verwaltungsaktsqualität der Mitwirkung: VGH München, U.v. 5.7.1956, BayVBl. 1956, 313 (315); OVG Münster, U.v. 11.4.1962, DÖV 1962, 833 (834); Fickert, DVBl. 1964, 173 (182) u. DÖV 1964, 661 (663); Schuegraf, NJW 1966, 177 (181). Vgl. auch Heinze, VerwArch. 52 (1961), 275 (300 ff.) u. DÖV 1967, 33 (44).

427) Vgl. Friauf, DÖV 1961, 666 (675); Fickert, DVBl. 1964, 173 (182).

## 5. Kapitel:

### Sonderfragen

Abschließend einige Sonderprobleme, die mit dem vorstehend Behandelten nicht in unmittelbarem Zusammenhang stehen.

#### I. Widerruflichkeit des Einverständnisses

Zunächst ein Nachtrag zum Verwaltungsverfahren. Der interne Mitwirkungsakt kann von der Zweitbehörde, solange das Verwaltungsverfahren noch nicht abgeschlossen ist, jederzeit widerrufen werden. Diese ist an die einmal erklärte Zustimmung bis zum Erlaß des Verwaltungsaktes nicht gebunden.<sup>428)</sup> Denn bei sich im reinen Innenbereich der Verwaltung abspielenden Vorgängen besteht kein schutzwürdiges Interesse des außenstehenden Bürgers am Bestand behördlicher Akte.

Das wird anders, wenn die Zweitbehörde in Beziehung zum Betroffenen tritt und einen förmlichen Bescheid erläßt. Setzt sie (rechtswidrig) selbst einen Verwaltungsakt, so gelten die üblichen Grundsätze über die Zurücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte,<sup>429)</sup> nach denen die Zurücknahme ausgeschlossen ist, wenn der Bürger auf die Rechtsgültigkeit des Verwaltungsaktes vertrauen durfte und seinen Interessen an dessen Aufrechterhaltung dem öffentlichen Interesse an der Beseitigung der Vorzug zu geben ist. Das mittels Verwaltungsakt erklärte Einverständnis ist somit nur unter erschwerten Bedingungen widerruflich.

Hält man sich dies vor Augen, so sind gegen das zitierte Urteil des BGH vom 17.9.1970<sup>430)</sup> Bedenken anzumelden. Das Gericht stellte zunächst zutreffend fest, daß die Gemeinde - es handelte sich um eine Entscheidung

---

428) BGH, U.v. 17.9.1970, DÖV 1970, 784 f.; zustimmend Brügelmann-Grauvogel, BBauG, § 36, Anm. 3 d; Zinkahn-Bielenberg, BBauG, § 36, Rdn. 17 a.E.; vgl. auch Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721 (727).

429) Dazu ausführlich mit weiteren Nachweisen: Eyermann-Fröhler, VwGO, Anh. zu § 42, Rdn. 33 ff.; Redeker-von Oertzen, VwGO, § 42, Anm. 62 ff.

430) DÖV 1970, 784 f.

gemäß § 36 Abs. 1 S. 1 BBauG - wegen der internen Natur des Einvernehmens nicht an ihre Stellungnahme gebunden ist. Wenn es aber dann fortfuhr, das Einverständnis sei auch deshalb nicht unwiderruflich geworden, weil die Gemeinde den Kläger davon unterrichtet habe, so verkannte es die eben offengelegte Problematik. Das Urteil geht mit keinem Wort darauf ein, ob diese Benachrichtigung des Bauwerbers nicht einen Verwaltungsakt darstellt oder ob lediglich die schlichte Mitteilung eines verwaltungsinternen Vorganges erfolgte. Der Tatbestand der Entscheidung ist in diesem Punkt zu dürftig, so daß die Frage hier nicht entschieden werden kann. Im ersten Fall wären die Regeln über die Zurücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte anzuwenden gewesen. War das Einvernehmen intern erklärt worden, konnte es widerrufen werden, auch wenn dem Bauerber davon - nicht durch Verwaltungsakt - Mitteilung gemacht wurde. Mit gutem Grund ist das Vertrauen auf die Rechtsbeständigkeit behördlicher Maßnahmen auf Verwaltungsakte zu beschränken, da sonst die Initiative der Verwaltung zu sehr gelähmt würde. Daß eine Verwaltungsbehörde über ihre Pflichten gegenüber dem Einzelnen hinausgeht und ihn von internen Vorgängen, die ihn betreffen, vorzeitig in Kenntnis setzt, darf ihr nicht zum Nachteil gereichen. Schlichte Mitteilungen können daher nicht als Garantieerklärung interpretiert werden.<sup>431)</sup> Daß die Zweitbehörde andererseits auf das mittels Verwaltungsakt abgegebene Einverständnis festgenagelt wird, entspricht der Billigkeit, weil sie aus eigenem Verschulden zu dieser Form des Handelns gegriffen hat.

---

431) Eine andere Frage ist, ob schlichtes Verwaltungshandeln Schadensersatzansprüche des betroffenen Bürgers auslösen kann, dazu nochmals BGH, U.v. 17.9.1970, DÖV 1970, 784 (785).

## II. Widerspruchsverfahren

Umstritten ist die Frage, welche Befugnisse der Widerspruchsbehörde, die mit der Überprüfung eines mehrstufigen Verwaltungsaktes befaßt ist, zustehen. Nach der einen Ansicht<sup>432)</sup> hat die Widerspruchsbehörde in gleicher Weise wie das Gericht nicht nur die Rechtmäßigkeit des Erstaktes, sondern auch die des Mitwirkungsaktes zu prüfen und kann gegebenenfalls die Erstbehörde zum Erlaß des Verwaltungsaktes ohne weitere Beteiligung der Zweitbehörde verpflichten. Trotz des Wortlauts des § 68 VwGO ("Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit") soll das nur bei Rechtswidrigkeitsfehlern der Mitwirkungsbehörde gelten; Ermessenentscheidungen könnten nicht auf diese Weise ersetzt werden.<sup>433)</sup>

Die überwiegende Auffassung<sup>434)</sup> ist dem nicht gefolgt und gewährt der Widerspruchsbehörde nur dieselben Befugnisse wie der Erstbehörde. Sie kann sich danach über ein verweigertes Einverständnis nicht hinwegsetzen und ist gezwungen, den Widerspruch zurückzuweisen, wenn die Ablehnung des Verwaltungsaktes allein auf dem Veto der Zweitbehörde beruht und obwohl dieses vielleicht offenbar rechtswidrig ist.

Die eigene Lösung hat zunächst die bei der Ausgestaltung des gerichtlichen Verfahrens gewonnenen Erkenntnisse zu berücksichtigen. Überall, wo die Erhebung einer selbständigen Klage zur Erzwingung des Zweitaktes möglich ist - nach diesseitiger Auffassung stets die Verpflichtungsklage, nicht die allgemeine Leistungsklage -, ist gegen die Verweigerung des Einverständnisses auch ein selbständiges Widerspruchsverfahren durchzuführen. Das gilt zum einen für alle Ermessenentscheidungen der Zweitbehörde. Die Widerspruchsbehörde hat dabei gemäß § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO neben der Rechtmäßigkeit auch die Zweckmäßigkeit des Verhaltens der Zweit-

---

432) Dietz, BaWüVBl. 1961, 65 (70); Pietzonka, NJW 1961, 1425 (1427); Schneider, DÖV 1965, 513 (518); vgl. auch die Hinweise bei Meiborg, DÖV 1968, 828 (829) auf unveröffentlichte Entscheidungen des VG Koblenz und des OVG Koblenz.

433) Nach Schneider, DÖV 1965, 513 (518) werden Ermessenentscheidungen aber bei einer Beiladung der Zweitbehörde zum Widerspruchsverfahren, die Verf. entgegen der h.M. für zulässig hält, überprüfbar.

434) BVerwG, U.v. 19.11.1965, DVBl. 1966, 181 (182); Bayer. VGH, U.v. 14.12.1967, BayVBl. 1968, 176 (177); Meiborg, DÖV 1968, 828 (829 f.); Schrödter, BBauG, § 36, Anm. 7, S. 282; Zinkahn-Bielenberg, § 36, Rdn. 36.

behörde nachzuprüfen. Zum andern ist bei Rechtsentscheidungen der Mitwirkungsbehörde, die allein zur Ablehnung des Verwaltungsaktes geführt haben, dann ein eigenes und alleiniges Widerspruchsverfahren gegen die Zweitbehörde durchzuführen, wenn der Bürger sich auch auf eine alleinige Klage gegen die Zweitbehörde zu beschränken beabsichtigt.<sup>435)</sup>

In den verbleibenden Fällen, bei denen nur eine Klage gegen die Erstbehörde möglich ist, kann auch nur der von der Erstbehörde zu erlassende Verwaltungsakt Gegenstand des Vorverfahrens sein. Hier dürfte nun entgegen der Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts die Auffassung, die der Widerspruchsbehörde die gleichen Befugnisse wie dem Gericht einräumt, die zutreffendere sein. Auch ihre Gegner räumen ein, daß sie in der Verwaltungspraxis zu den befriedigenderen Ergebnissen führt.<sup>436)</sup> Denn bei begrenzter Prüfungs- und Entscheidungsmacht der Widerspruchsbehörde muß der Betroffene unter Umständen ein von vornherein aussichtsloses Vorverfahren führen und dazu noch die Kosten tragen. Man glaubt dieses Ergebnis aber aus dogmatischen Gründen hinnehmen zu müssen, weil die umfangreichere, auch den internen Mitwirkungsakt umfassende Entscheidungsbefugnis des Gerichts nur deshalb gerechtfertigt sei, weil die Zweitbehörde zum gerichtlichen Verfahren beigeladen werden müsse und als Folge davon gemäß § 121 VwGO in die Bindungswirkung des Urteils einbezogen werde, das Widerspruchsverfahren aber das Institut der Beiladung nicht kenne.<sup>437)</sup>

Konsequent angewandt führt diese Konstruktion zu einem merkwürdigen Ergebnis. Die Zweitbehörde ist im Prozeß gegen die Erstbehörde, bekanntlich nicht immer beizuladen,<sup>438)</sup> wohl aber wird über das Verhalten der Mitwirkungsbehörde - außer beim Ermessen - stets mitentschieden. Der Entscheidungskompetenz des Gerichts entspricht daher nicht notwendig ein Recht der Zweitbehörde auf Beteiligung. So ist etwa im Verfahren gegen die Baugenehmigungsbehörde zwar die Gemeinde beizuladen, nicht aber die

---

435) Dazu, daß er das kann, oben S. 85 ff.; bes. 88/89 i.V.m.S. 104 f.

436) Vgl. Meiborg, DÖV 1968, 828 (830), der eine wünschenswerte Abhilfe nur im Wege der Gesetzesänderung für möglich hält.

437) Meiborg, DÖV 1968, 828 (829 f.); Zinkahn-Bielenberg, BBauG, § 36, Rdn. 36 - beide nur zum Einvernehmen der Gemeinde im BBauG. Die Anhörung gemäß § 71 VwGO ist keine Beiladung, vgl. Redeker-von Oertzen, VwGO, § 71, Anm. 1.

438) Vgl. oben S. 66 ff.

höhere Verwaltungsbehörde. Im letzten Fall versagt folglich die Betrachtungsweise der Gegenansicht. Sie müßte konsequenterweise zum Ergebnis kommen, daß sich die Widerspruchsbehörde über die verweigerte Zustimmung hinwegsetzen kann, nicht aber über das verweigerte Einvernehmen.<sup>439)</sup>

Der Fehler liegt darin, daß die Gegenmeinung in unzulässiger Weise die Prüfungskompetenz des Gerichts in direkte Beziehung zum Recht der Zweitbehörde auf Beteiligung setzt. Das ist nicht richtig. Die Gemeinde wird zum Verfahren gegen die Baugenehmigungsbehörde nicht deshalb beigeladen, weil sich das Gericht über ihre Äußerung hinwegzusetzen befugt ist, sondern deshalb, weil das die Baugenehmigungsbehörde verpflichtende Urteil materielle Rechte der Gemeinde berührt. Die Beiladung erfolgt nicht aus dem Grund, um die Gemeinde an das Urteil zu binden - das ist lediglich Folge der Beiladung, nicht Ursache -, sondern um der Gemeinde die Geltendmachung ihrer materiellen Rechte zu ermöglichen. Die herrschende Meinung verwechselt Ursache und Wirkung der Beiladung. Ihre Beweisführung ist nicht schlüssig.

Damit ist aber noch nicht notwendig auch die Unbrauchbarkeit ihres Ergebnisses erwiesen. Die Frage ist dahingehend zu stellen, ob ein der Zweitbehörde zustehendes materielles Recht zur Folge hat, daß sich die Widerspruchsbehörde darüber im Verfahren gegen die Erstbehörde nicht hinwegsetzen darf. Die sich aus dem Gesetz ergebende Antwort lautet: nein. Die VwGO billigt ausdrücklich, daß ein Widerspruchsbescheid einen Dritten erstmalig beschweren darf - §§ 68 Abs. 1 Nr. 2, 79 Abs. 1 Nr. 2. Das bedeutet aber nichts anderes, als daß die Widerspruchsbehörde in materielle Rechte Dritter einzugreifen befugt ist; andernfalls wäre nicht denkbar, inwiefern der Dritte durch den Widerspruchsbescheid beschwert sein und er Anlaß zur Klage haben könnte. "Dritter" im Sinne des § 68 Abs.1 Nr. 2 VwGO ist auch die Zweitbehörde, der materielle Rechte zustehen, wenn der Erstakt zum Gegenstand eines Vorverfahrens gemacht wird. Hat nun z.B. die Baugenehmigungsbehörde den Antrag abgelehnt, weil die Gemeinde ihr Einvernehmen verweigert hat, und weist die Widerspruchsbehörde die Baugenehmigungsbehörde an, die Genehmigung zu erteilen, was diese dann ohne

---

439) Soweit ersichtlich, wird das von den allerdings nicht sehr zahlreichen Äußerungen nicht gesehen.

vorliegendes Einvernehmen tun darf, so wird die Gemeinde durch den Widerspruchsbescheid erstmalig in ihren Rechten beschwert. Die Beschwerde ist "erstmalig", weil vor Erlaß des Widerspruchsbescheides die Baugenehmigungsbehörde an das verweigerte Einvernehmen gebunden war, es jetzt aber nicht mehr zu beachten braucht, also erst der Widerspruchsbescheid eine Verletzung des Selbstverwaltungsrechts der Gemeinde befürchten läßt.

Über den Zweitakt einer Mitwirkungsbehörde, die keine materiellen Rechte geltend zu machen hat, wie zum Beispiel die höhere Verwaltungsbehörde im Baugenehmigungsverfahren, kann sich die Widerspruchsbehörde dann erst recht hinwegsetzen.

Ergebnis: Die Prüfungs- und Entscheidungskompetenz der Widerspruchsbehörde entspricht der des Gerichts. Sie hat wie dieses die Rechtmäßigkeit des verweigerten Einverständnisses zu überprüfen. Ihr Spruch berechtigt die Erstbehörde zum Erlaß des Verwaltungsaktes, ohne daß eine weitere Mitwirkung erforderlich wäre. Beschwert der Widerspruchsbescheid die Mitwirkungsbehörde, d.h. ist eine Verletzung ihr zustehender materieller Rechte möglich,<sup>440)</sup> kann sie gemäß § 68 Abs. 1 Nr. 2 VwGO ohne erneutes Vorverfahren im Klagewege dagegen vorgehen. Daß ihre Beiladung im Widerspruchsverfahren nicht möglich ist, ist nicht von Bedeutung.

Nur so erfüllt das Vorverfahren seinen Zweck, vor Erhebung der Klage den strittigen Verwaltungsakt in seiner Gesamtheit einer nochmaligen Überprüfung durch die Verwaltung zuzuführen. Es wäre auch recht eigenartig, wenn das Widerspruchsverfahren wegen einer eingeschränkten Prüfungsbefugnis der Widerspruchsbehörde nur zu einer Teilentscheidung führen könnte, die dem Rechtsschutzsuchenden wenig nützt und nur einen lästigen Aufenthalt auf dem Weg zur endgültigen Gerichtsentscheidung bedeutet.

---

440) Das wird regelmäßig dann der Fall sein, wenn die Zweitbehörde auch einen ohne ihre Mitwirkung zustande gekommenen Verwaltungsakt anfechten könnte; dazu BVerwGE 22,342 (Klagebefugnis der Gemeinde gegen eine ohne ihr Einvernehmen erlassene Baugenehmigung); zusammenfassend z.B. Redeker-von Oertzen, VwGO, § 42, Anm. 59, 84. Beide Fragen beurteilen sich nach den gleichen Kriterien und sind gleich zu beantworten.

### III. Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche

Entscheidungen über den Erlaß eines Verwaltungsaktes können, wie jedes Behördenhandeln, das sich mit dem Einzelnen befaßt, bei Fehlerhaftigkeit u.U. die Grundlage eines Schadensersatz- oder Entschädigungsanspruches des betroffenen Bürgers abgeben. Hier sollen nicht die näheren Voraussetzungen solcher Ansprüche interessieren, sondern lediglich die Frage, welche der beim Zustandekommen eines mehrstufigen Verwaltungsaktes beteiligten Behörden für welches Verhalten einzustehen hat.

Erfüllt die Verweigerung des Einverständnisses zugleich den Tatbestand einer Amtspflichtverletzung nach § 839 BGB,<sup>441)</sup> so kann der Betroffene die Körperschaft, der die Zweitbehörde angehört, gemäß Art. 34 GG auf Schadensersatz in Anspruch nehmen.<sup>442)</sup> Gegen die Erstbehörde, die den Erlaß des Verwaltungsaktes in diesem Falle abzulehnen hat, besteht kein solcher Anspruch, da ihr Verhalten dem Gesetz entspricht. Nur wenn sie selbständig, d.h. nicht durch Übernahme der Entscheidung der Zweitbehörde, eine Amtspflichtverletzung begeht, ist auch sie schadensersatzpflichtig.

Nach der Rechtsprechung des BGH kann die rechtswidrige Versagung einer Genehmigung bei Überschreiten einer gewissen "Opfergrenze" einen enteignungsgleichen Eingriff darstellen.<sup>443)</sup> Ersatzpflichtig ist wie bei jedem Entschädigungsanspruch grundsätzlich nicht die eingreifende Körperschaft, sondern der durch den Eingriff unmittelbar Begünstigte.<sup>444)</sup> Sind

---

441) Was nicht unbedingt mit rechtswidrigem Verhalten identisch sein muß, vgl. dazu Wolff I, S. 482.

442) Zum Umfang der Amtspflicht einer mitwirkenden Behörde äußerte sich der BGH im U.v. 31.1.1963, DÖV 1963, 515 f. (allerdings nur zu einem Fall des "Benehmens"). Die von ihm aufgestellten Regeln wird man aber nicht generalisieren können, da das Urteil von dem Spezialfall ausging, daß die mitwirkende Behörde den Erlaß des VAes veranlaßt. Diese habe dann eine umfassende Aufklärungspflicht über alle entscheidungserheblichen Umstände. Meist wird jedoch die Initiative von der Erstbehörde ausgehen und in ihrer Hand sich die Sachverhaltsermittlung konzentrieren. Die Zweitbehörde trägt lediglich Teilaspekte bei (Gemeinde im Baugenehmigungsverfahren) oder hat Kontrollfunktionen (höhere Verwaltungsbehörde im Baugenehmigungsverfahren).

443) Vgl. BGH, U.v. 26.10.1970, DVBl. 1971, 464 f. mit krit. Anm. von Schrödter und Schmaltz; BGH, U.v. 29.5.1972, 827 f.

444) Dazu ausführlich mit weiteren Nachweisen: Kröner, Die Eigentumsgarantie in der Rspr. des BGH, S. 140 ff.

mehrere solche Begünstigte vorhanden, haften sie als Gesamtschuldner. Bei der Ablehnung eines mehrstufigen Verwaltungsaktes wird unmittelbar begünstigt in der Regel die Erstbehörde sein. Die Verweigerung einer Baugenehmigung begünstigt auch die Gemeinde, so daß sie gesamtschuldnerisch mithaftet.<sup>445)</sup> Auf wessen Verhalten der Eingriff zurückzuführen ist, ob die Baugenehmigungsbehörde die Genehmigung von sich aus verweigert hat oder dazu lediglich deshalb gezwungen war, weil die Gemeinde sich nicht zur Erteilung ihres Einvernehmens bereit gefunden hat, ist in diesem Zusammenhang irrelevant.

Was hier gezeigt werden sollte: Die Einheit des mehrstufigen Verwaltungsaktes, die nur Rechtsverhältnisse zwischen Bürger und Erstbehörde hervorbringt, entfaltet keine Auswirkungen auf Folgeansprüche wie Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche. Diese können sich nach den allgemeinen Grundsätzen sowohl gegen die Erstbehörde als auch gegen die Zweitbehörde richten.

---

445) So auch Schrödter-Schmaltz, DVBl. 1971, 465 (467).

## Lebenslauf

Geboren am 16.6.1947 in Oberviechtach als Sohn des Landrats Georg Engelhard,

- |                |                                                                                   |
|----------------|-----------------------------------------------------------------------------------|
| 1953 - 1957    | Volksschule Oberviechtach                                                         |
| 1957/58        | Humanistisches Gymnasium Weiden                                                   |
| 1958 - 1966    | Reuchlin-Gymnasium Ingolstadt, dort<br>Abitur am 19.7.1966,                       |
| 1966 - 1971    | Studium der Rechte an der Universität<br>München,                                 |
| 10.1.1972      | erste juristische Staatsprüfung mit der<br>Gesamtnote "voll befriedigend" (3,68), |
| seit 17.2.1972 | Vorbereitungsdienst für den höheren Justiz-<br>und Verwaltungsdienst.             |





